

Los textos que aparecen como “Confidencial” corresponden a información clasificada con el carácter de confidencial, de conformidad con los artículos 31 bis, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica; 111 y 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 113 fracciones I y III, y 118 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en lo dispuesto por los Lineamientos Trigésimo Octavo fracciones I y II, y Cuadragésimo de los Lineamientos Generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas

Resolución que emite el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en el Expediente AI/DE-002-2015 para los efectos previstos en el artículo 107. Fracción XVI, párrafo segundo in fine de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ÍNDICE DE CONTENIDO

I. GLOSARIO.....	4
II. ANTECEDENTES	7
III. CONSIDERANDO	15
Primero. Competencia del Instituto	15
Segundo. Procedencia	16
Tercero. Naturaleza del procedimiento seguido en forma de juicio	19
Cuarto. Precedentes decisorios relevantes	23
1. Expedientes relacionados.....	23
1.1 DE-37-2006 y acumulados	23
i) Práctica imputada.....	23
ii) Duración de la conducta	23
iv) Poder sustancial.....	24
1.2. RA-007-2011	27
1.3 Expediente E-IFT/UC/RR/0003/2013 (RA-007-2011 del índice de la CFC)	29
2. Expediente.....	29
2.1 Resolución de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.....	30
2.2. Decisión del Segundo Tribunal sobre la resolución del Pleno del Instituto en el Expediente de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.....	31
Quinto. Emisión del OPR	31
Sexto. Elementos del OPR	35
1. Hechos denunciados.....	35
2. Conclusiones del OPR	36
2.1. Práctica monopólica relativa imputada a Telcel.....	36
2.2. Sobre los hechos denunciados	37
Los Denunciantes pagaron Tarifas de Terminación a Telcel de enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez	38
Primera Metodología.....	39
Segunda Metodología.....	40
Tercera Metodología	40
RESUMEN de las metodologías	41

2.3. Los Denunciantes compiten con Telmex y Telnor, empresas pertenecientes al GETTT	41
3. Mercado Relevante	42
i) Sustitución del bien o servicio de que se trate	42
ii) Los costos de distribución.....	42
iii) Los costos y probabilidades de los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados	43
iv) Restricciones normativas	43
Definición del Mercado Relevante en el OPR.....	43
4. Poder sustancial en el Mercado Relevante.....	43
i) Participación de Telcel en el Mercado Relevante	43
Capacidad para restringir el abasto	44
Capacidad para fijar precios	44
ii) Existencia de barreras a la entrada en el Mercado Relevante.....	45
iii) Existencia y poder de sus competidores.....	46
iv) Posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos	46
v) Comportamiento reciente del agente económico.....	46
5. Objeto o efecto de la conducta	46
Séptimo. Consideraciones previas	47
Octavo. Análisis de las manifestaciones y argumentos de la emplazada	54
1. CUESTIONES PREVIAS	54
1.1 Aclaración Previa y Reserva de Derechos	54
1.2 Cuestión de previo y especial pronunciamiento.....	55
2. CUESTIONES PROCESALES	60
2.1 Manifestaciones relacionadas con los antecedentes del OPR.....	60
2.2 De la incompetencia de la Autoridad Investigadora para emitir un OPR.....	70
2.3 De la prescripción y preclusión	75
2.4 De la falta de apercibimiento	79
2.5 De la falta de emplazamiento legal	84
2.6 De la violación al derecho de defensa de Telcel con las actuaciones practicadas en el procedimiento.....	92
2.7 De la violación al derecho de defensa de Telcel por la clasificación de información confidencial	96
2.8 De la indebida tramitación de la etapa de investigación	101
2.9 De la indebida clasificación de información como confidencial	106
3. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL OPR.....	108
Non bis in ídem.....	108
Respuesta	112
3.1. Hechos analizados en los expediente DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto).....	112
3.1.1 Hechos analizados	112
3.1.2 Los hechos analizados constituyeron una práctica monopólica prohibida por la LFCE	113
3.2. Hechos denunciados en el Expediente	117
3.3. Actualización del principio non bis in ídem	118

3.3.1.	Naturaleza del procedimiento	119
3.3.2.	Identidad en el Fundamento.....	120
3.3.3.	Identidad de Sujeto	120
3.3.4.	Identidad en los Hechos.....	120
3.3.5.	Conclusión.....	121
4.	Pronunciamientos sobre consideraciones contenidas en la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016 123	
5.	Afectaciones competitivas.....	123
IV.	Resolutivos.....	124

En la Ciudad de México, a trece de diciembre de dos mil diecisiete.- Visto el expediente AI/DE-002-2015, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Séptimo Transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece; 1°, 2°, 3°, 8, 10, fracción XI, 24, fracciones IV y XIX y 33, fracción VI, de la Ley Federal de Competencia Económica, modificada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de junio de dos mil seis y vigente a partir del día siguiente, aplicable al procedimiento; así como 1°, 4°, fracción I, 6°, fracción XXXVII, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el Pleno de este Instituto Federal de Telecomunicaciones, en sesión celebrada en esta misma fecha, resuelve de acuerdo a los antecedentes, considerandos y resolutiveos que a continuación se presentan, para los efectos previstos en el artículo 107, fracción XVI, párrafo segundo, *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

I. GLOSARIO

En la presente resolución se utilizarán los siguientes acrónimos y términos.

América Móvil o AMX	América Móvil, S.A.B. de C.V.
Autoridad Investigadora	Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Axtel	Axtel, S.A.B. de C.V.
Alestra	Alestra, S. de R.L. de C.V.
BMV	Bolsa Mexicana de Valores.
Bestphone	Bestphone, S.A. de C.V.
Cablemás	Cablemás, S.A. de C.V.
Cablevisión	Cablevisión, S.A. de C.V.
CFC o Comisión	Extinta Comisión Federal de Competencia, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, creado mediante el decreto por el que se expidió la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
CFCE o Cofece	Comisión Federal de Competencia Económica, órgano autónomo constitucional creado en virtud del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la CPEUM, en materia de telecomunicaciones”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, ordenamiento jurídico de aplicación supletoria a la Ley Federal de Competencia Económica en términos de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 34 bis <i>in fine</i> de la Ley Federal de Competencia Económica, cuya reforma fue publicada en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis.
Cofetel	Extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, creado mediante “Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

América Móvil o AMX	o	América Móvil, S.A.B. de C.V.
Decreto		“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”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
Denunciados		Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V.
Denunciantes		Bestphone S.A. de C.V., Cablemás, S.A. de C.V., Cablevisión, S.A. de C.V. y Televisión Internacional, S.A. de C.V., de manera conjunta.
DOF		Diario Oficial de la Federación.
Ejecutoria		Sentencia dictada el seis de mayo de dos mil quince, por la Segunda Sala de la SCJN, en el amparo en revisión 413/2014, interpuesto por los Denunciantes.
EQLLP		Servicio de telefonía que se presta bajo la modalidad “ <i>El que llama paga</i> ”.
Escrito de Denuncia	de	Escrito presentado ante la CFC el dieciséis de marzo de dos mil diez, mediante el cual los Denunciantes interpusieron una denuncia en contra de Telcel, Telmex y Telnor por la probable comisión de diversas prácticas monopólicas relativas.
Estatuto Orgánico		Estatuto Orgánico del Instituto, publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce, modificado mediante acuerdo del Pleno, publicado en el DOF el diecisiete de octubre de dos mil catorce.
Expediente		Las constancias del expediente administrativo número DE-007-2010, del índice de la CFC, ahora AI/DE-002-2015 del índice del Instituto. En lo sucesivo, las referencias que se hagan se entenderán realizadas con respecto a dicho sumario, salvo que expresamente se establezca lo contrario.
GIE		Grupo de Interés Económico.
GETTT		Grupo de Interés Económico conformado por Telmex, Telnor y Telcel.
Instituto o IFT		Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Juzgado Primero		Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.
Ley de Amparo		Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM publicada en el DOF el dos de abril de dos mil trece.
LFCE		Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, reformada mediante Decreto publicado en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, vigente al momento en que se realizó la conducta analizada en el Expediente.
LFT		Ley Federal de Telecomunicaciones con su respectiva reforma publicada en el DOF el nueve de febrero de dos mil nueve.
LFTAIPG		Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental vigente, publicada en el DOF el once de junio de dos mil dos.
LFTR		Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión publicada en el DOF el catorce de julio de dos mil catorce.
Marcatel		Marcatel Com, S.A. de C.V.
Megacable		Megacable Comunicaciones de México, S.A. de C.V.

América Móvil o AMX	América Móvil, S.A.B. de C.V.
Mercado Relevante	Servicio de Terminación prestado por Telcel en el ámbito geográfico cubierto por su RPT del servicio de telefonía móvil a los distintos concesionarios de RPT.
Off-net	Tráfico público conmutado (llamadas telefónicas) originado en la RPT de un concesionario, entregadas a otro concesionario en un punto de interconexión para su terminación en la RPT de este último. ¹
On-net	Tráfico público conmutado (llamadas telefónicas) originado en la RPT de un concesionario, para su terminación en la misma RPT de este concesionario. ²
OPR	Oficio de probable responsabilidad emitido por el Titular de la Autoridad Investigadora, el once de agosto de dos mil quince, en el Expediente en cumplimiento de la Sentencia dictada el seis de mayo de dos mil quince, por la Segunda Sala de la SCJN, en el amparo en revisión 413/2014, interpuesto por los Denunciantes
PJF	Poder Judicial de la Federación.
Protel	Protel I-Next, S.A. de C.V.
Resolución	Resolución de fecha tres de junio de dos mil trece, emitida por el Pleno de la CFC que decretó el cierre del expediente número DE-007-2010 del índice de la CFC.
Resolución DE-37-2006 y acumulados	Resolución de fecha siete de abril de dos mil once, emitida por el Pleno de la CFC por la que se decretó la imposición de una multa a Telcel por la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE.
Resolución RA-007-2011	Resolución de fecha treinta de abril de dos mil doce, emitida por el Pleno de la CFC por la que se determinó no imputar responsabilidad a Telcel por haberse acogido al beneficio de terminación anticipada del procedimiento establecido en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.
RLFCE	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete, vigente al inicio del procedimiento.
RPT	Red(es) Pública(s) de Telecomunicaciones, entendida como la(s) red(es) a través de la cual se explotan comercialmente servicios de telecomunicaciones. La(s) red(es) no comprende(n) los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal. ³
RSL	Reglas del Servicio Local emitidas por la Cofetel el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete.
RT	Reglamento de Telecomunicaciones publicado en el DOF el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SE de la CFC	Secretario Ejecutivo de la CFC.
Segundo Tribunal	Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.
Segunda Sala	Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
SJF	Semanario Judicial de la Federación.

¹ De conformidad con lo señalado por los Denunciantes en el Escrito de Denuncia. Folio 017 del Expediente.

² Ídem.

³ Como se define en la LFTR.

América Móvil o AMX	América Móvil, S.A.B. de C.V.
SMGVDF	Salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México. ⁴
TCC	Tribunales Colegiados de Circuito.
Telcel	Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.
Telmex	Teléfonos de México, S.A.B. de C.V.
Telnor	Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V.
Telefónica	Pegaso PCS, S.A. de C.V., Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V., Movitel del Noroeste, S.A. de C.V., Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V. y Celular de Telefonía, S.A. de C.V.
Terminación	Terminación de tráfico público conmutado.
TVI	Televisión Internacional, S.A. de C.V.

II. ANTECEDENTES

PRIMERO. El dieciséis de marzo de dos mil diez, los Denunciantes presentaron un escrito de denuncia en contra de Telcel, Telmex y Telnor por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10, fracciones V, X y XI de la LFCE. La denuncia fue radicada en el expediente número DE-007-2010 del índice de la CFC.

SEGUNDO. El nueve de abril de dos mil diez, el SE de la CFC emitió acuerdo mediante el cual desechó el escrito presentado por los Denunciantes por considerar que actualizaba la causal prevista en la fracción IV, del artículo 31 del RLFCE. Lo anterior, toda vez que al momento de recibir el Escrito de Denuncia, existía un procedimiento pendiente de resolverse y cuyos hechos y condiciones consideró semejantes a los analizados en el expediente DE-037-2006 y acumulados.

TERCERO. El veinticinco de mayo de dos mil diez, los Denunciantes interpusieron un recurso de reconsideración en contra del acuerdo de desechamiento referido en el antecedente previo, mismo que se tramitó bajo el expediente RA-081-2010, del índice de la CFC.

CUARTO. El diecinueve de agosto de dos mil diez, el Pleno de la CFC emitió la resolución dentro del expediente RA-081-2010, mediante la cual ordenó revocar el acuerdo de desechamiento dictado por el SE de la CFC dentro del expediente DE-007-2010 del índice de la CFC, para el efecto de que emitiera uno nuevo en el que, de no existir otra causal de improcedencia, se admitiera a trámite la denuncia presentada por los entonces recurrentes.

QUINTO. El veinticinco de octubre de dos mil diez, el SE de la CFC admitió a trámite el escrito de los Denunciantes y emitió el acuerdo de inicio de la investigación, cuyo extracto se publicó en el DOF el diez de noviembre de dos mil diez. Los periodos de investigación transcurrieron como se presenta en el siguiente cuadro.

PERIODO	INICIO	VENCIMIENTO	EMISIÓN DE ACUERDO DE AMPLIACIÓN	PUBLICACIÓN EN LISTA
PRIMERO ⁵	10.11.2010	24.05.2011	12.05.2011	01.06.2011
SEGUNDO ⁶	25.05.2011	24.11.2011	10.10.2011	29.10.2011
TERCERO ⁷	25.11.2011	05.06.2012	22.05.2012	23.05.2012
CUARTO ⁸	06.06.2012	05.12.2012	26.10.2012	27.10.2012

QUINTO ⁹	06.12.2012	21.05.2013 ¹⁰	NO APLICA	21.05.2013
---------------------	------------	--------------------------	-----------	------------

SEXTO. El veintiuno de mayo de dos mil trece, el Director General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Relativas de la CFC emitió un acuerdo dentro del Expediente, que tiene por concluida la investigación, el cual fue notificado por lista el mismo día.

SÉPTIMO. El tres de junio de dos mil trece, el Pleno de la CFC emitió la Resolución, cuyo resolutivo primero establece:

“**PRIMERO.** Con fundamento en el artículo 24 fracciones I y VI de la LFCE, se decreta el cierre del expediente en que se actúa dado que mediante la [Resolución RA-007-2011], el proceso de competencia y libre concurrencia ha sido restaurado y/o protegido respecto de los servicios de terminación de llamadas en la RPT de [Telcel], que son los mismos servicios involucrados en los hechos investigados dentro del expediente en que se actúa”.¹¹

OCTAVO. El veintidós de agosto de dos mil trece, los Denunciantes interpusieron demanda de amparo indirecto en contra de la Resolución, la cual fue turnada al Juzgado Primero y admitida el veintiséis de agosto de dos mil trece, y radicada en el expediente número 8/2013.

NOVENO. El cuatro de octubre de dos mil trece, mediante acta de entrega recepción celebrada entre la Cofece y el Instituto, éste último recibió de la Cofece los autos originales del expediente DE-007-2010 que posteriormente fue radicado en el índice del Instituto con el número de expediente AI/DE-002-2015 del (Expediente, como se refiere en el Glosario).

DÉCIMO. El veinte de febrero de dos mil catorce el Juzgado Primero dictó sentencia que terminó de engrosar el veinticinco de marzo de dos mil catorce, que resolvió lo siguiente:

“**PRIMERO.** Se sobresee en el presente juicio de amparo, por cuanto refiere a los dos actos y autoridades precisados en el considerando quinto, por los motivos y fundamentos que ahí se precisan.”¹²

⁴ El veintinueve de enero de dos mil dieciséis, se publicó en el DOF el “Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México”. Derivado de dicho Decreto se modificó el artículo 44 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente: “La Ciudad de México es la entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos; se compondrá del territorio que actualmente tiene [...]”. Asimismo, el artículo Décimo Cuarto Transitorio del referido Decreto establece: “A partir de la fecha en entrada en vigor de este Decreto, todas las referencias que en esta Constitución y demás ordenamientos jurídicos se hagan al Distrito Federal, deberán entenderse hechas a la Ciudad de México”. De lo anterior, se desprende que la demarcación territorial antes conocida como el Distrito Federal, ahora se denomina Ciudad de México.

⁵ Folios 3236 a 3240 del Expediente.

⁶ Folio 20505 del Expediente.

⁷ Folio 36984 del Expediente.

⁸ Folio 45841 del Expediente.

⁹ Folio 50924 del Expediente.

¹⁰ Fecha en que se emitió el acuerdo de conclusión de la investigación, la cual fue el día cien de ciento veinte, correspondiente al último periodo de investigación. Folio 51944 del Expediente.

¹¹ Folio 52084 del Expediente.

¹² Al respecto, se estableció en dicha resolución que procedía sobreseer el juicio en tanto que las quejas no contaban con interés jurídico para combatir la resolución dictada el treinta de abril de dos mil doce, así como tampoco diversa

SEGUNDO. La justicia de la Unión no ampara ni protege a la parte quejosa, en contra de las autoridades y actos precisados en el considerando sexto de esta sentencia, por las razones y fundamentos ahí expresados”.

DÉCIMO PRIMERO. En contra de la sentencia referida en el antecedente Décimo, los Denunciantes interpusieron un recurso de revisión, el cual fue turnado al Segundo Tribunal y admitido, mediante acuerdo de quince de abril de dos mil catorce, bajo el expediente 15/2014.

La Secretaría de Economía, en representación del Presidente de la República, el Instituto y Telcel, como tercera interesada, interpusieron recursos de revisión adhesiva que fueron admitidos por el Segundo Tribunal y este tribunal el veintinueve de mayo de dos mil catorce, dictó resolución que modificó la sentencia recurrida y ordenó remitir los autos a la SCJN, toda vez que estimó carecer de competencia para conocer del asunto, pues advirtió que en la revisión subsistía el problema de constitucionalidad aducido por los Denunciantes.

DÉCIMO SEGUNDO. Por acuerdo de nueve de junio de dos mil catorce, el Presidente de la SCJN asumió la competencia originaria para conocer el asunto y lo registró con el número de expediente 413/2014; lo turnó al Ministro Sergio A. Valls Hernández, para la elaboración del proyecto de resolución; y ordenó enviar los autos a la Segunda Sala, a efecto de que se dictara el acuerdo de radicación respectivo.

El dieciocho de junio de dos mil catorce, el Presidente de la Segunda Sala emitió el acuerdo por el que ordenó avocarse al conocimiento del asunto, así como remitir los autos al Ministro ponente para formular el proyecto de resolución correspondiente.

Mediante acuerdo de nueve de diciembre de dos mil catorce, y en atención al Acuerdo Administrativo 1/2014 del Consejo de la Judicatura Federal, se designó al Ministro José Fernando Franco González Salas, para el estudio del asunto, en sustitución del Ministro Sergio A. Valls Hernández, propuesto originalmente como Ponente.

DÉCIMO TERCERO. En sesión pública de la Segunda Sala de la SCJN, celebrada el cuatro de marzo de dos mil quince, se desechó el proyecto de resolución presentado por el Ministro José Fernando Franco González Salas, y se ordenó returnarlo al Ministro Presidente de dicha Sala, a efecto de que realizara un nuevo proyecto de resolución, mismo que fue votado en sesión del seis de mayo de dos mil quince.

En la Ejecutoria, la Segunda Sala resolvió:

“PRIMERO. Se revoca la sentencia recurrida.

resolución dictada en el recurso de reconsideración toda vez que no se advertía que haya surgido en favor de las quejas un poder de exigencia respecto de la legalidad de dicha resolución por ubicarse en una situación especial que se relacione con una afectación a su esfera jurídica.

Asimismo procedió el sobreseimiento de la discusión, aprobación, expedición y promulgación del Decreto por el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el diez de mayo de dos mil once, en particular el artículo 33 bis 2, en razón de que dicho precepto fue reclamado con motivo de su aplicación en la resolución relativa al recurso de reconsideración previamente señalado, respecto del cual ya se decretó su sobreseimiento, toda vez que cuando se promueve un juicio de amparo en contra de una ley o reglamento, con motivo de su primer acto de aplicación, no puede desvincularse el estudio de la ley o reglamento, del que concierne a su aplicación.

SEGUNDO. Se sobresee en el juicio de amparo respecto de la resolución dictada el treinta de abril de dos mil quince, así como por lo que hace al artículo 33 BIS 2 de la Ley Federal de Competencia Económica.

TERCERO. La Justicia de la Unión ampara y protege a la parte quejosa, contra el acto consistente en la resolución de tres de junio de dos mil trece, para los efectos precisados en el considerando octavo de esta ejecutoria”.

DÉCIMO CUARTO. El veinticinco de mayo de dos mil quince, el Juzgado Primero notificó la Ejecutoria a este Instituto.

El veintiséis de mayo de dos mil quince, el Juzgado Primero notificó al Instituto un auto mediante el cual aclaró que:

“[...] de conformidad en los artículos 192, párrafo segundo, y 193 de la Ley de Amparo, se requiere al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, autoridad sustituta del Pleno de la Comisión Federal de Competencia para que en el plazo de tres días contado [sic] a partir del siguiente al en que surta efectos la notificación del presente auto, remita las constancias con las que acredite haber dado cumplimiento al fallo constitucional [...].”

El primero de junio de dos mil quince, el Juzgado Primero notificó a este Instituto un auto mediante el cual otorgó una prórroga de diez días hábiles para dar cumplimiento a la Ejecutoria.

DÉCIMO QUINTO. En vías de dar cumplimiento a la Ejecutoria, el primero de junio de dos mil quince, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió el acuerdo mediante el cual ordenó radicar el expediente DE-007-2010 del índice de la CFC, bajo el número de expediente AI/DE-002-2015 del índice del Instituto.

DÉCIMO SEXTO. El primero de junio de dos mil quince, los Denunciantes presentaron un escrito en la oficialía de partes del Instituto, en el que señalaron la manera en que la Autoridad Investigadora, a su interpretación, debía dar cumplimiento a la Ejecutoria.

El dos de junio de dos mil quince, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió acuerdo mediante el cual tuvo por presentado el escrito y por vertidas las manifestaciones realizadas por los Denunciantes. Sin embargo, dichos argumentos no formaron parte de las imputaciones presuntivas del OPR al haber sido formuladas con posterioridad a la conclusión de la investigación.

DÉCIMO SÉPTIMO. El tres de junio de dos mil quince, el Pleno del Instituto emitió resolución en cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala en la Ejecutoria, mediante la cual dejó insubsistente la Resolución y devolvió el Expediente a la Autoridad Investigadora a efecto de que, en el ámbito de sus facultades, actuara en estricto cumplimiento a lo dispuesto por el PJF.

DÉCIMO OCTAVO. El quince de junio de dos mil quince, este Instituto solicitó una segunda prórroga al Juzgado Primero para dar cumplimiento a la Ejecutoria, quien la otorgó en los siguientes términos: *“[...] en atención a las manifestaciones de la autoridad oficiante, así como de las constancias que anexa al oficio que se provee, se hace patente que la ejecutoria se encuentra en vías de cumplimiento por lo tanto, de manera discrecional se concede una prórroga de treinta días hábiles, contados a partir del siguiente al en que surta efectos la notificación de este proveído, a efecto de que se encuentre en condiciones de acreditar el cumplimiento total de la ejecutoria de amparo [...]”*. Este auto fue notificado al Instituto el dieciocho de junio de dos mil quince.

DÉCIMO NOVENO. El trece de julio de dos mil quince, los Denunciantes presentaron un escrito en la oficialía de partes del Instituto, mediante el cual señalaron la manera en que la Autoridad Investigadora, a su interpretación, debía dar cumplimiento a la Ejecutoria.

Mediante acuerdo emitido el catorce de julio de dos mil quince, por el Titular de la Autoridad Investigadora, se tuvo por presentado el escrito y por vertidas las manifestaciones realizadas por los Denunciantes. Sin embargo, dichos argumentos no formaron parte de las imputaciones presuntivas del OPR al haber sido formuladas con posterioridad a la conclusión de la investigación.¹³

VIGÉSIMO. El treinta de julio de dos mil quince, este Instituto solicitó al Juzgado Primero otra prórroga para dar cumplimiento a la Ejecutoria, le fue otorgado mediante auto dictado el treinta y uno de julio de dos mil quince, notificado a este Instituto el tres de agosto de dos mil quince, mediante el cual el Juzgado Primero otorgó prórroga, por tercera y última ocasión, en los siguientes términos: “[a]sí el estado de las cosas, dígase a la oficiante que por última ocasión se otorga la prórroga solicitada, por quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación del [sic] este proveído, a efecto de que acredite fehacientemente el cumplimiento requerido”.

VIGÉSIMO PRIMERO. El once de agosto de dos mil quince, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió el OPR, el cual fue notificado por instructivo a Telcel el trece de agosto de dos mil quince.¹⁴

VIGÉSIMO SEGUNDO. El ocho de septiembre de dos mil quince, el Juzgado Primero tuvo por cumplida la Ejecutoria.

VIGÉSIMO TERCERO. El veinticinco de septiembre de dos mil quince, Telcel presentó su escrito de contestación al OPR mediante el cual realizó diversas manifestaciones respecto del OPR y ofreció pruebas.

VIGÉSIMO CUARTO. Mediante acuerdo de veintinueve de septiembre de dos mil quince, emitido por el Director General de Procedimientos de Competencia se tuvo por presentado el escrito de Telcel, a través del cual realizó diversas manifestaciones respecto del OPR y ofreció pruebas. Asimismo, se previno sobre confidencialidad, se admitieron algunas pruebas, se desecharon otras, y se previno a Telcel respecto de algunas otras, a efecto de que este Instituto estuviera en posibilidad de proveer sobre su admisión.

Se ordenó dar vista con dicho acuerdo a los Denunciantes, a fin de que en un término de cinco días coadyuvaran con este Instituto y adicionaran preguntas al cuestionario que debía contestar el perito de Telcel, apercibidos que en caso de no hacerlo, se les tendría por conformes con el cuestionario propuesto por el oferente de la prueba.

VIGÉSIMO QUINTO. El seis de octubre de dos mil quince, **“Confidencial”**, perito designado por Telcel, compareció ante el Instituto a ratificar su nombramiento y protestar su encargo.

VIGÉSIMO SEXTO. El ocho de octubre de dos mil quince, los Denunciantes presentaron ante la oficialía de partes del Instituto el cuestionario de repreguntas relacionado con la pericial identificada por Telcel como *“pericial en materia de economía”*.

¹³ Actuación de conformidad con el artículo 41 del RLFCE.

¹⁴ Folios 52571 a 52573 del Expediente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Mediante acuerdo de fecha doce de octubre de dos mil quince, se tuvo por adicionado el cuestionario de repreguntas presentado por los Denunciantes, ordenándose notificar al perito designado por Telcel para su desahogo.

VIGÉSIMO OCTAVO. En contra del proveído que declaró cumplida la Ejecutoria, Telcel interpuso recurso de inconformidad el cual fue admitido por el Segundo Tribunal el veintidós de octubre de dos mil quince, con número de expediente 5/2015.

VIGÉSIMO NOVENO. El veintiocho de octubre de dos mil quince, Telcel solicitó por escrito una prórroga para presentar el dictamen relacionado con la *“pericial en materia de economía”*.

TRIGÉSIMO. Mediante acuerdo de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, se concedió a Telcel una prórroga de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que concluyera el plazo original para la presentación del dictamen relacionado con la *“pericial en materia de economía”*.

TRIGÉSIMO PRIMERO. El veinticuatro de noviembre de dos mil quince, el perito en economía designado por Telcel rindió su dictamen pericial, el cual se tuvo por presentado mediante acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil quince.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. El veintiséis de noviembre de dos mil quince, el Segundo Tribunal dictó sentencia en el recurso de inconformidad con número de expediente 5/2015. En el recurso de inconformidad el Segundo Tribunal resolvió lo siguiente:

“ÚNICO. Es infundada la inconformidad a que este expediente corresponde”.¹⁵

TRIGÉSIMO TERCERO. Mediante acuerdo emitido el cuatro de diciembre de dos mil quince, se previno al perito en economía designado por Telcel para que aclarara diversas cuestiones relacionadas con el dictamen pericial rendido el veinticuatro de noviembre de dos mil quince.

TRIGÉSIMO CUARTO. El siete de diciembre de dos mil quince, Telcel presentó un escrito por medio del cual ofreció una prueba superveniente, misma que fue admitida mediante acuerdo de fecha diez de diciembre de dos mil quince.

TRIGÉSIMO QUINTO. El catorce de diciembre de dos mil quince, el perito en economía designado por Telcel presentó un escrito mediante el cual desahogó el proveído de cuatro de diciembre de dos mil quince. Por lo que, mediante acuerdo de dieciséis de diciembre de dos mil quince, se tuvo por desahogada en tiempo y forma la diligencia ordenada.

TRIGÉSIMO SEXTO. Mediante acuerdo de catorce de enero de dos mil dieciséis, en virtud de que se habían desahogado todas las pruebas y que no era necesario ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer, se citó a los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento para que en el término de diez días presentaran alegatos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Por escrito presentado el veintinueve de enero de dos mil dieciséis, Telcel y los Denunciantes formularon sus alegatos. Mediante acuerdo de fecha dos de febrero de dos mil dieciséis, se tuvieron por presentados los escritos de Telcel y los Denunciantes; y con fundamento

¹⁵ Folio 55407 del Expediente.

en los artículos 33, fracción VI, de la LFCE y 60 del RLFCE, se tuvo por integrado el Expediente el veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

TRIGÉSIMO OCTAVO. El quince de febrero dos mil dieciséis, los Denunciantes solicitaron la celebración de una audiencia oral en términos de lo dispuesto por el artículo 83, fracción VI, de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce.

TRIGÉSIMO NOVENO. El dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, el Director General de Procedimientos de Competencia emitió el acuerdo mediante el cual reservó al Pleno del Instituto el pronunciamiento sobre la solicitud de audiencia oral presentada por los Denunciantes.

CUADRAGÉSIMO. El veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, el Pleno del IFT en su VI Sesión Ordinaria emitió acuerdo mediante el cual citó a los agentes económicos con interés jurídico dentro del procedimiento, a efecto de que comparecieran el día ocho de marzo de dos mil dieciséis, a la audiencia oral que otorgó en beneficio, en términos del artículo 83, fracción VI, de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. El ocho de marzo de dos mil dieciséis, se celebró la única audiencia oral dentro del Expediente, con la asistencia de Telcel y los Denunciantes.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. El diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, el Pleno del IFT en su VIII Sesión Ordinaria emitió la Resolución que puso fin al procedimiento seguido en forma de juicio, radicada en el Expediente, cuyo primer resolutivo señala:

“Primero. De conformidad con el análisis realizado en el considerando SEXTO, numeral 3.1, de esta Resolución, se ordena el cierre del Expediente en atención al principio non bis in ídem.

[...]”.¹⁶

CUADRAGÉSIMO TERCERO. El veintiocho y veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, se notificó la resolución referida en el antecedente Cuadragésimo Segundo a Telcel y a los Denunciantes, respectivamente.¹⁷

CUADRAGÉSIMO CUARTO. El once de abril de dos mil dieciséis, los Denunciantes presentaron escrito mediante el cual denunciaron la repetición del acto reclamado; denuncia que fue desechada por la Juez de Distrito mediante proveído de trece de abril de dos mil dieciséis, en los siguientes términos:

“Por tanto, con fundamento en el artículo 199 de la Ley de Amparo, se desecha de plano la denuncia de repetición del acto reclamado promovida por las quejas.

[...]Determinación que no limita su derecho para impugnar en su oportunidad estos nuevos actos por vicios propios, mediante juicio de amparo indirecto”.

¹⁶ Folio 55758 del Expediente.

¹⁷ Folios 55759 a 55761 del Expediente.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. El veintidós de abril de dos mil dieciséis, los Denunciantes interpusieron recurso de inconformidad en contra del auto referido en el antecedente Cuadragésimo, mismo que fue admitido por el Segundo Tribunal bajo el número 3/2016.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. El diez de junio de dos mil dieciséis, el Segundo Tribunal determinó:

“Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

ÚNICO. Es **fundado** el presente recurso de inconformidad”. [Énfasis añadido]

En consecuencia, el expediente fue devuelto al Juzgado Primero que, mediante auto de fecha veinte de junio de dos mil dieciséis,¹⁸ determinó dejar insubsistente el auto de desechamiento de trece de abril de dos mil dieciséis y admitió a trámite la denuncia de repetición del acto.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. El cuatro de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado Primero determinó:

“**ÚNICO.-** Es procedente pero infundado [sic] la denuncia de repetición del acto reclamado.

Notifíquese personalmente a las quejas y a la tercero interesada.”

Los Denunciantes interpusieron recurso de inconformidad en contra de dicha determinación, mismo que fue admitido por el Segundo Tribunal y registrado bajo el número 5/2016.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. El dos de septiembre de dos mil dieciséis, el Segundo Tribunal dictaminó, entre otros elementos, lo siguiente:

“Resulta claro para este tribunal que **no existió dolo o mala fe** por parte de la autoridad, sino una inexacta apreciación del fallo constitucional.

[...] al haberse actualizado la repetición del acto reclamado, con fundamento en los artículos 199 y 200 de la Ley de Amparo, y punto noveno, segundo párrafo, fracción IV, del Acuerdo General 5/2013, [...], se **DICTAMINA:**

PRIMERO.- Es **fundada** la inconformidad en cuanto existen elementos para estimar actualizada la repetición del acto reclamado.

SEGUNDO.- Remítanse los autos a la [SCJN] para lo que tenga a bien determinar.” [Énfasis añadido]

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Mediante acuerdo de veinte de octubre de dos mil dieciséis, la Segunda Sala de la SCJN radicó la inconformidad enviada por el Segundo Colegiado, con el número de expediente 1386/2016. El treinta de octubre de dos mil diecisiete, el asunto se listó para sesión del día quince de noviembre de dos mil diecisiete.

QUINCUGÉSIMO. En sesión de quince de noviembre de dos mil diecisiete, la Segunda Sala de la SCJN retiró la inconformidad 1386/2016 de su lista de asuntos para sesión.

¹⁸ La síntesis de dicho acuerdo es:

“[...] HÁGASE SABER A LAS PARTES QUE LA SUPERIORIDAD DECLARÓ FUNDADO EL RECURSO SEÑALADO [...] SE DEJA INSUBSISTENTE EL AUTO MENCIONADO [...] AL RESPECTO SE PROVEE [...] VISTO EL ESCRITO DE CUENTA [...] TRAMÍTESE LA DENUNCIA PRECISADA [...] CÓRRASE EL TRASLADO CORRESPONDIENTE [...] EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO, PROVÉASE LO CONDUCENTE [...] NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE A LAS QUEJOSAS Y TERCERO INTERESADAS.”

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Mediante acuerdo de quince de noviembre de dos mil diecisiete, se remitió el recurso de inconformidad 1386/2016 al Pleno de la SCJN para su resolución.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. El veintidós de noviembre de dos mil diecisiete fue radicada la inconformidad 1386/2016 en el Pleno de la SCJN.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. El treinta de noviembre de dos mil diecisiete el recurso de inconformidad 1386/2016 fue incluido en la lista de asuntos a sesionar por el Pleno de la SCJN el cuatro de diciembre de dos mil diecisiete.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. El cuatro de diciembre de dos mil diecisiete el recurso de inconformidad 1386/2016 se incluyó en la lista de asuntos a sesionar por el Pleno de la SCJN el cinco de diciembre de dos mil diecisiete.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. El cinco de diciembre de dos mil diecisiete el recurso de inconformidad 1386/2016 se incluyó en la lista de asuntos a sesionar por el Pleno de la SCJN el siete de diciembre de dos mil diecisiete.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. A la fecha en que se emite la presente resolución, el recurso de inconformidad 1386/2016 sigue incluido en la lista de asuntos a sesionar por el Pleno de la SCJN.

En virtud de los antecedentes relacionados y:

III. CONSIDERANDO

PRIMERO. COMPETENCIA DEL INSTITUTO

De conformidad con lo establecido en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto de la CPEUM, reformado mediante el Decreto; 7 de la LFTR; 5 de la Ley Federal de Competencia Económica hoy vigente y 1º del Estatuto Orgánico, el Instituto es un órgano autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la CPEUM y en los términos que fijan la LFTR y demás disposiciones aplicables; y es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, en los que ejerce en forma exclusiva las facultades que el artículo 28 de la CPEUM, la Ley Federal de Competencia Económica vigente y demás disposiciones legales aplicables establecen para la CFCE.

De acuerdo con lo anterior, a partir de su constitución, el Instituto es la autoridad sustituta de la CFC y la competente para conocer, tramitar y resolver el Expediente, en virtud de que el Mercado Relevante definido en el OPR corresponde al servicio de Terminación en la RPT de Telcel en el ámbito geográfico de su RPT.

De acuerdo con la distribución de facultades vigentes en el Instituto, tratándose de posibles prácticas monopólicas relativas, corresponde a la Autoridad Investigadora sustanciar el procedimiento de investigación y emitir, en su caso, el oficio de probable responsabilidad; y corresponde al Pleno emitir la resolución definitiva en el procedimiento seguido en forma de juicio.

Por otro lado, el artículo Séptimo Transitorio, segundo párrafo, del Decreto, establece que los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración del IFT¹⁹ continuarán su trámite ante éste en términos de la legislación aplicable al momento de su inicio. Asimismo, el artículo Segundo Transitorio de la Ley Federal de Competencia Económica vigente establece que los procedimientos que se encontraran en trámite a la entrada en vigor del Decreto, se sustanciarán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

El presente asunto inició con el escrito presentado por los Denunciantes el dieciséis de marzo de dos mil diez. Por lo tanto, le son aplicables la LFCE y el RLFCE vigentes al momento del inicio del procedimiento. De la misma manera, este procedimiento se tramita en términos del artículo 33 de la LFCE, fundamento con base en el cual se emitió el OPR y se emite la presente resolución que lo concluye.

SEGUNDO. PROCEDENCIA

La ejecutoria²⁰ emitida por la Segunda Sala de la SCJN concedió a los Denunciantes la protección constitucional contra la resolución emitida por el Pleno de la CFC de fecha tres de junio de dos mil trece, para el efecto de que el procedimiento siguiera su cauce legal a fin de ser resuelta por esta autoridad, revisando los hechos denunciados, y no se ordenara ilegalmente el cierre del expediente al término de la investigación, sin imputar responsabilidad, pues al tratarse de prácticas monopólicas relativas existe la presunción de que el denunciante haya sufrido daños y perjuicios, lo que explica los términos del artículo 32 de la LFCE. Asimismo, señaló que debe advertirse la necesidad de que la investigación culminara con el pronunciamiento correspondiente a la denuncia formulada, aún y cuando los hechos denunciados fueran coincidentes con otra investigación, pues al tratarse de una práctica monopólica relativa, se está ante la posibilidad de que los denunciantes hayan sufrido un daño o perjuicio, en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la LFCE, lo que implicaba que en atención a los derechos fundamentales previstos en los artículos 14 y 16 de la CPEUM, la autoridad debió tomar en cuenta ese aspecto del procedimiento de investigación y pronunciarse al respecto.

Con el propósito de dar cumplimiento a la Ejecutoria, en su carácter de autoridad sustituta, el Instituto a través de la Autoridad Investigadora dio cause al procedimiento de investigación, el cual concluyó con la emisión del oficio de probable responsabilidad. A partir de ese oficio, siguiendo el cauce legal previsto en la LFCE, dio inicio un procedimiento seguido en forma de juicio que concluyó con la emisión de la resolución de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis que decretó el cierre del expediente. En este procedimiento, se otorgó el derecho de audiencia a los Denunciantes, en cumplimiento de lo ordenado en la Ejecutoria.

Posteriormente, en el Recurso de Inconformidad 5/2016, derivado del Juicio de Amparo Indirecto 8/2013, el Segundo Tribunal determinó que la resolución de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis emitida por el Pleno del Instituto constituye una repetición del acto reclamado porque:²¹

¹⁹ Emitida el seis de mayo de dos mil quince. Fojas 70 y 71.

²¹ Fojas 51 a 55 de la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016

“Estos elementos del nuevo acto contrastados con los contenidos en el acto reclamado, y valorados conforme al sentido de la sentencia de amparo, **permiten concluir que el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones incurrió en repetición del acto reclamado**, pues si bien efectuó diversas actuaciones para dar cauce a la denuncia de las quejas, emplazar a la probable responsable y resolver la investigación, lo cierto es que **decretó el cierre del expediente con el mismo grado de afectación que aquél por el cual se concedió la protección constitucional, y por los mismos motivos que se consideraron inconstitucionales**.

En efecto, el sentido de afectación fue que la autoridad decretó el cierre del expediente sin haberse pronunciado sobre los hechos denunciados, ello, con independencia de que tales hechos fueran coincidentes con los de otra investigación, pues, debió considerar que al tratarse de una práctica monopólica relativa, las quejas denunciadas pudieron haber sufrido un daño o perjuicio del previsto en el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica¹⁴.

Entonces, si el primer acto se declaró inconstitucional porque la autoridad les privó a las quejas de una resolución que se pronunciara sobre los posibles hechos denunciados y daños sufridos, y **el segundo acto priva de lo mismo porque no se pronuncia sobre si están probados los hechos denunciados y si sufrieron una afectación competitiva, es claro que se actualiza la repetición del acto reclamado**.

No sobra señalar que la autoridad se funda en los principios de cosa juzgada y non bis in ídem; sin embargo, en la sentencia de amparo se dijo que era insuficiente la identidad de hechos y agente denunciado para rehusarse a pronunciarse sobre si se cometieron los hechos y la posible afectación.

Lo anterior no quiere decir que la autoridad, si estima que existe identidad de conductas deba o pueda en modo alguno sancionar nuevamente al agente denunciado con violación a los principios de cosa juzgada o non bis in ídem, pues **la conducta exigida por el Máximo Tribunal consistente en pronunciarse sobre si se realizaron los hechos denunciados y si éstos causaron una afectación a los denunciantes, es una cuestión diversa a la relativa a que la propia autoridad ya haya sancionado la conducta con motivo de un procedimiento diverso**¹⁵.

Este pronunciamiento es necesario por la posibilidad de que los denunciantes puedan demandar por la vía que corresponda los daños y perjuicios causados por los hechos denunciados a que se refirió el Alto Tribunal, lo cual no está supeditado a que se sancione nuevamente a un agente por una misma conducta, sino a que se declare probada la conducta específicamente respecto de los agentes denunciantes que pretendan la indemnización por

cuanto dicha conducta haya afectado su posición competitiva; de otro modo ¿cómo un agente que se estima afectado por una práctica anticompetitiva podría reclamar daños y perjuicios en relación con dicha conducta si no existe un pronunciamiento sobre los hechos que a él se refieren?.

Por lo tanto, la existencia de **los principios de cosa juzgada y non bis in ídem no impedian que la autoridad**, en respeto a la sentencia de amparo, evitara incurrir en la conducta censurada constitucionalmente. Por las razones expuestas, se estima que la juez de distrito debió declarar fundada la repetición del acto reclamado, **aunque resulta claro para este tribunal que no existió mala fe o dolo por parte de la autoridad, sino una inexacta apreciación del fallo constitucional.**” [Énfasis añadido]

En estos términos, el Segundo Tribunal explicita que en la resolución emitida el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis por este Pleno: (i) no existió mala fe o dolo, sino una inexacta apreciación del fallo constitucional; y (ii) debió pronunciarse sobre si los hechos denunciados están probados y si los Denunciantes sufrieron una afectación competitiva. Asimismo, determinó que estos elementos son diversos a que la autoridad ya haya sancionado la conducta con motivo de un procedimiento diverso.

De lo anterior se desprende que es dable distinguir en la entre los hechos denunciados, las afectaciones competitivas a los Denunciantes y la existencia de una conducta prohibida por la LFCE como práctica monopólica.

Desde la perspectiva de este Pleno, derivado de una inexacta apreciación del fallo constitucional, tales elementos no estaban explícitamente indicados en la Ejecutoria, la cual ordenó que el procedimiento siguiera su cauce legal, a fin de ser resuelta por esta autoridad para proteger los derechos fundamentales de audiencia y legalidad para los Denunciantes, previstos en los artículos 14 y 16 de la CPEUM. A este respecto, el Segundo Tribunal determinó que no existió mala fe o dolo por parte de este Pleno al emitir la Resolución, sino una inexacta apreciación del fallo constitucional de la Segunda Sala.

Ahora, a partir de la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016, este Pleno cuenta con elementos suficientes para atender lo que el Segundo Tribunal determinó que constituye la **inexacta apreciación del fallo constitucional**; y por ende, estima prudente emitir la presente resolución a fin de mantener la regularidad constitucional y dar protección a los derechos humanos que reconoce nuestra Constitución a los Denunciantes.

Así, la protección de los derechos de los Denunciantes en los términos de la Ejecutoria como se explica en la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016, requieren que esta autoridad deje sin efectos la resolución emitida el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis y, en su lugar, emita esta nueva resolución que atienda los méritos del asunto y se pronuncie explícitamente sobre si están probados los hechos denunciados y si los Denunciantes sufrieron una afectación competitiva, elementos que constituyen una cuestión diversa a si la conducta ya ha sido materia de un procedimiento diverso.

Lo anterior para los efectos de actualizar el supuesto de dejar sin efectos la resolución de este Pleno emitida el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, que constituye el acto que se estima repetido antes de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita resolución en el Recurso de Inconformidad 1386/2016, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la CPEUM.

Por ende, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto; de la CPEUM;²² Séptimo Transitorio, segundo párrafo, del Decreto; 1°, 2°, 3°, 24, fracciones IV y XIX y 33, de la LFCE; 200, párrafo tercero,²³ de la Ley de Amparo; así como 1°, 4ª fracción I, 6ª, fracciones XII y XXXVII, 7, 8 y 12, del Estatuto Orgánico, el Pleno de este Instituto es competente para resolver el presente Expediente, para los efectos previstos en el artículo 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine* de la CPEUM.

TERCERO. Naturaleza del procedimiento seguido en forma de juicio

El artículo 2 de la LFCE, establece que es una norma de interés público y su objeto consiste en la protección del proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de los monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Tratándose de prácticas monopólicas relativas, la LFCE tiene prevista una etapa de investigación en el artículo 30 y, en su caso, una etapa seguida en forma de juicio en su artículo 33. El procedimiento, en sus dos etapas, tutela el mismo bien jurídico que la ley, esto es, el interés público.

Para determinar si hechos específicos realizados por agente(s) económico(s) determinado(s) constituye una conducta prohibida por la LFCE y, por tanto es sancionable, debe acreditarse: (i) que los hechos o actos ocurrieron y que actualizan algún supuesto de los previstos en el artículo 10 de la LFCE; (ii) que los realice un agente económico con poder sustancial en el Mercado Relevante donde los hechos ocurrieron; (iii) que los hechos o actos tengan como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas²⁴; y (iv) que los hechos o actos se sujetan al

²²“Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

[...]

XVI. [...]

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”

²³ “Artículo 200. [...]

[...]

Si no hubiera repetición, o habiéndola, la autoridad no actuó dolosamente y dejó sin efectos el acto repetitivo antes de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta hará la declaratoria correspondiente y devolverá los autos al órgano judicial que los remitió”.

²⁴ Tal como lo prevé proemio del artículo 10 de la LFCE.

análisis de sus afectaciones *netas* en el mercado, incluso considerando ganancias en eficiencia.²⁵ y
26

En un procedimiento de prácticas monopólicas relativas, en términos de la LFCE, la autoridad debe, primero, pronunciarse sobre la existencia de los hechos o actos y, en caso de que actualicen un supuesto prohibido por la ley, entonces debe pronunciarse sobre el objeto o efecto competitivo en el Mercado Relevante o en mercados relacionados, atendiendo la naturaleza de la conducta.

En virtud de lo anterior, este Pleno entiende que el término “*afectación competitiva*” corresponde a determinar si una conducta tiene como objeto o efecto uno de los prohibidos en el proemio del artículo 10 de la LFCE, esto es, desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.²⁷ En este sentido, por afectación competitiva se entiende el daño que una conducta genera al proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados, que atendiendo a la naturaleza de la conducta puede ocurrir en (los) mercado(s) relevante(s) y/o relacionado(s).

A este respecto, es relevante distinguir entre **afectación competitiva o daño al proceso de competencia y libre concurrencia** y la posibilidad de los agentes económicos, incluidos los Denunciantes, para reclamar **daños y perjuicios**.

La afectación competitiva o daño al proceso de competencia y libre concurrencia se determina con fundamento en el proemio del artículo 10 de la LFCE. Esto es, cuando acreditados los hechos, se determina que constituyen una conducta tipificada como prohibida en la LFCE, cuyo objeto o efecto (neto) de desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

A partir de la identificación de la afectación competitiva causada por una práctica monopólica relativa, los afectados o posibles afectados (incluyendo a los Denunciantes) pueden, por una vía y ante autoridad diversas (la judicial), reclamar daños y perjuicios.²⁸

²⁵ En términos del artículo 10 de la LFCE.

²⁶ Para mejor referencia se transcribe la parte conducente de la Exposición de Motivos de la LFCE: En lo tocante a las prácticas relativas, sus efectos positivos o negativos no siempre son claros. Se hace necesario definir el mercado en que se lleva a cabo la conducta, así como el impacto probable o actual de la misma antes de dictaminar si es anticompetitiva. Frecuentemente, prácticas como las ventas atadas o las restricciones territoriales son procompetitivas al reducir los costos y por lo tanto permitir el ofrecimiento de mejores productos o menores precios. En consecuencia, la iniciativa es cuidadosa en asegurar que cuando una persona llegue a ser sancionada por incurrir en una de ellas, efectivamente tenga un efecto anticompetitivo.

²⁷ Este elemento, en otras jurisdicciones se denomina *prueba de daño* a los mercados y constituye un elemento para determinar si una conducta tipificada en la legislación de competencia aplicable afecta o puede *dañar* el proceso de competencia en uno o varios mercados. A este respecto, existe un consenso en que las autoridades de competencia deben tener como principal prioridad identificar el *daño* (the *theory of harm*) a la sociedad en general y no a los sufridos por particulares. Este estándar es distinto al que se puede seguir en las vías dispuestas en cada jurisdicción (generalmente la civil) para la reclamación de daños y perjuicios de particulares. Véase como referencia: OECD (2011) “*Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*”, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>.

²⁸ Sirva de sustento a lo anteriormente expuesto, los siguientes criterios judiciales: i) “**COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. AL NO TENER SUS DECISIONES COMO FIN DIRIMIR UN CONFLICTO COMO JUZGADOR, NO SE DAN LAS CONDICIONES PARA EXIGIR UNA SEPARACIÓN ENTRE EL ÓRGANO QUE INVESTIGA Y ACUSA Y EL QUE RESUELVE.** Conforme al criterio sostenido por la

A este respecto, el artículo 32 de la LFCE se refiere a daños y perjuicios como uno de los elementos que los Denunciantes pueden, en su caso, presentar para la integración de una causa objetiva que accione el inicio de un procedimiento de prácticas monopólicas relativas.²⁹ Esta disposición establece, que el denunciante deberá expresar los elementos que puedan configurar la conducta

*Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 625/2012, en los procedimientos seguidos ante la Comisión Federal de Competencia Económica, aun cuando ésta debe respetar el debido proceso legal y las formalidades esenciales del procedimiento, sus decisiones no tienen como fin dirimir un conflicto como juzgador, sino evitar, investigar y sancionar prácticas ilegales. Por tanto, no hay razones, ni se dan las condiciones para exigir una separación entre el órgano que investiga y acusa y el que resuelve, dado que dicho órgano actúa en el campo de la actividad administrativa sancionadora del Estado y en atención a las atribuciones que tiene encomendadas. Dicho en otras palabras, se está frente a atribuciones sancionatorias de ilícitos constitucionales y no ante una facultad jurisdiccional propia, por lo que las garantías y exigencias relativas deben apreciarse con razonabilidad, sin que para ello sea adecuado asimilar en integridad y por analogía un procedimiento de la naturaleza indicada con uno en materia penal, sino que las garantías procesales respectivas a que se refiere el debido proceso legal deben entenderse desde la premisa de que la comisión mencionada no actúa como Juez para dirimir una controversia, sino que es una autoridad dotada de facultades de verificación y, en su caso, sanción, para la consecución de los fines constitucionales para los que fue creada”. Época: Décima Época. Registro: 2011849. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 31, Junio de 2016, Tomo IV. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.156 A (10a.); y II) “**COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.** El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominan los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expeditéz, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil”. No. Registro: 191431, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo XII, Agosto de 2000, Tesis: P. CXII/2000, Página: 108.*

²⁹ “**COMPETENCIA ECONÓMICA. LA DENUNCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LEY FEDERAL RELATIVA ABROGADA REQUIERE DE UNA CAUSA OBJETIVA QUE HAGA RAZONABLE EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN CORRESPONDIENTE.** De conformidad con los artículos 32 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada y 29, fracción IV, de su reglamento, cualquier persona podrá denunciar las prácticas monopólicas absolutas, en tanto que en las relativas o concentraciones la denuncia corresponderá al afectado, quien deberá expresar los elementos que puedan configurar la conducta que estime violatoria de dicha ley y, en su caso, los hechos que reflejen el daño o perjuicio sufrido o que pueda sufrir. En cualquiera de esos supuestos, deberá indicarse en qué consiste la práctica o concentración, así como la existencia de una causa objetiva que haga razonable el inicio de una investigación, entendiendo por ésta la que revele la posible correspondencia entre los hechos narrados como indicios y los supuestos previstos en la ley para su eventual configuración, es decir, que se esté en presencia de un supuesto interés legítimo serio, debido a que por su especial situación cualificada, quien formule la denuncia pudiese sufrir un daño real y efectivo en lo que se refiere a su participación en el mercado de que se trate y que, en caso de resultar procedente la denuncia formulada, consiga obtener alguna utilidad específica”. Décima Época. Registro: 2010174. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: SJF. Publicación: viernes 9 de octubre de 2015, 11:00 h. Materia Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.85 A (10a.).

que estime violatoria de dicha ley y, **en su caso**, los hechos que reflejen el daño o perjuicio sufrido o que pueda sufrir.

Los elementos que, en su caso aporten los denunciados u otras personas que comparezcan en el procedimiento, pueden ser considerados por la autoridad para determinar una causa objetiva para iniciar una investigación y, en su caso, permitir a la autoridad identificar las posibles afectaciones competitivas, como se establece en el primer párrafo del artículo 10 de la LFCE. Lo anterior no implica que la autoridad en materia de competencia económica tenga facultades ni se encuentre obligada a identificar o cuantificar los daños y perjuicios que, en su caso, hubiesen manifestado o demostrado agentes económicos dentro del procedimiento previsto en la LFCE.³⁰

La LFCE aplicable al Expediente y las reformas posteriores prevén: (i) que la autoridad de competencia pueda intervenir en caso de que se acrediten conductas contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia, a través de los procedimientos previstos en esa normativa; y (ii) que las personas que en lo particular hayan sufrido o pudieran sufrir afectaciones competitivas, por virtud de esas conductas, puedan reclamar daños y perjuicios por una vía diversa, la judicial.

Así, los agentes económicos afectados por alguna práctica monopólica o concentración prohibida, deben acudir a la vía **judicial** para reclamar indemnización a título de daño y/o perjuicio. De esta manera, las disputas entre particulares, así como la reclamación de los posibles daños o perjuicios no son materia de los procedimientos previstos en la LFCE y se deben tramitar por vías y ante autoridades distintas. Esta separación de vías prevalece hasta la Ley Federal de Competencia Económica hoy vigente.

Lo anterior, en el entendido que cualquier agente económico que estime haber sufrido una afectación competitiva en el Mercado Relevante o en alguno de los mercados relacionados, aún sin haber formado parte del procedimiento o aún sin haber sido considerado explícitamente en ellos, pueda ejercer por una vía diversa y ante autoridades distintas, las acciones judiciales para la reclamación de daños y perjuicios, tal y como lo prevé la misma ley.

En estricto apego a lo señalado en la ejecutoria de la Segunda Sala de la SCJN y tomado en consideración la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016, en protección de las garantías constitucionales de los Denunciados, esta autoridad se pronuncia en esta resolución en detalle sobre los elementos contenidos en el Expediente para determinar si: (i) se acreditan los hechos denunciados y (ii) en su caso, si los Denunciados sufrieron una afectación competitiva.

³⁰ Sirve de sustento a lo expuesto el siguiente criterio judicial: "**COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.** El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominan los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, **porque en estos predomina el interés general**, que exige eficiencia, seguridad y expedituz, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil." Criterio judicial localizable en: No. Registro: 191431, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo XII, Agosto de 2000, Tesis: P. CXII/2000, página: 108. [Énfasis añadido]

CUARTO. PRECEDENTES DECISORIOS RELEVANTES

1. Expedientes relacionados

Previo al trámite del Expediente, es preciso tener presentes asuntos que sirven de precedente a la presente resolución.

1.1 DE-37-2006 y acumulados

El veintinueve de septiembre de dos mil seis, Axtel presentó escrito de denuncia en contra de Telcel por posibles prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10, fracciones, VII, IX, X y XI de la LFCE, en el mercado de interconexión para la terminación de llamadas a las redes móviles. Esta denuncia se identificó con el número de expediente DE-037-2006. Posteriormente, por acuerdo del SE de la CFC de la CFC, se admitieron y acumularon las denuncias presentadas por Alestra, Marcatel, Megacable y Protel que se radicó en el expediente DE-40-2006; así como Telefónica, la cual se radicó en el expediente DE-38-2006.

El dieciocho de septiembre de dos mil nueve, se emitió el oficio de probable responsabilidad en el expediente DE-037-2006 y acumulados, a través del cual se imputó a Telcel la comisión de la práctica prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, al presumir que se autoimputó un costo por la función de terminación menor a la tarifa que cobraba a terceros concesionarios de RPT solicitantes.

En la resolución emitida por el Pleno de la CFC el siete de abril de dos mil once, se analizaron los siguientes hechos:

i) Práctica imputada

En la Resolución DE-37-2006 y acumulados se determinó que:

“(...) Telcel ha cobrado a otros concesionarios de telefonía fija y móvil tarifas de terminación en su RPT que resultan superiores a los precios que cobra a sus usuarios finales por el STL (...).”³¹

“(...) La existencia de elementos probatorios recabados durante el procedimiento de investigación, aquellos que fueron aportados por Telcel en su escrito al OPR, y los exhibidos en la etapa de diligencias probatorias adicionales (pruebas para mejor proveer) durante el procedimiento seguido en forma de juicio, permite acreditar y sustentar la práctica monopólica relativa a que se refiere la fracción XI del artículo 10 de la LFCE (...).”³²

ii) Duración de la conducta

En la Resolución DE-37-2006 y acumulados se determinó que:

“[...] la conducta probablemente violatoria de la LFCE tiene una duración del veintinueve de junio de dos mil seis a la fecha de emisión del OPR (a la fecha de emisión de la presente resolución no hay evidencia en el expediente de que haya sido eliminada).

[...]

³¹ Páginas 463 y 464 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

³² Página 527 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

Duración de la práctica

La práctica tiene una duración del veintinueve de junio de dos mil seis, [...] y no se tiene evidencia en el expediente de que se haya suprimido, por lo que permanece hasta el presente, de tal forma que su duración se ha extendido por más de cuatro años y medio, persistiendo en su comisión”. [Énfasis añadido].

iii) Mercado relevante

Se definió como “La comercialización del servicio de terminación conmutada prestado por Telcel en sus RPTs móviles a terceros concesionarios de RPTs solicitantes”.³³ De la definición del mercado relevante, se desprende que el servicio relevante fue la “terminación de llamadas locales en la RPT móvil de Telcel”³⁴ y la dimensión geográfica de dicho mercado se definió como “la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel”.³⁵

Respecto de los mercados relacionados, en la resolución de mérito se señaló que: “[...] en virtud de que los CRPTs demandan el servicio de terminación a Telcel como un insumo necesario para proveer los STL fijos o móviles a los usuarios finales, resulta fundamental definir los mercados relacionados en los que se produce la afectación por la conducta anticompetitiva de Telcel. Al respecto, en el OPR se señaló que Alestra, Marcatel, Megacable, Protel y GTM participan en el mercado relacionado de STL fija; y Telefónica en el de STL móvil”.³⁶

iv) Poder sustancial

Con base en los elementos de convicción que sustentaron el análisis de poder sustancial en el Mercado Relevante se determinó que Telcel detentaba poder sustancial toda vez que:

“[...]

La participación de Telcel del 100% (cien por ciento) en el mercado relevante determinado como terminación en la RPT de Telcel. [...]”³⁷

El limitado alcance de las resoluciones de la Cofetel y la prevalencia del principio de libertad tarifaria [...]”³⁸

³³ Página 51 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

³⁴ Página 47 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

³⁵ Página 50 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

³⁶ Páginas 483 a 485 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

³⁷ Páginas 485 y 486 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

³⁸ Página 487 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

Telcel es titular de concesiones del servicio local móvil en las nueve regiones y PCS. [...] la conclusión sobre el tamaño y cobertura de su red proviene de los mismos títulos de concesión de Telcel.³⁹

La información anterior demuestra plenamente que Telcel es el operador más grande de dicho mercado.⁴⁰

[...] el operador más grande tiene el incentivo de fijar tarifas off-net superiores a las tarifas on-net para alentar llamadas dentro de su propia red, y fijar tarifas de terminación por encima de costos para desalentar llamadas desde otra red a la suya.⁴¹

[...] La estructura del mercado y, en particular, la existencia de redes asimétricas generan incentivos al operador más grande para fijar tarifas de terminación por encima de costos.⁴²

[...] sólo el concesionario u operador de la RPT en cuestión puede prestar los servicios de terminación en los suscriptores de la misma. De esta forma se puede afirmar que existen barreras absolutas a la entrada al mercado relevante. Al respecto, el hecho de que Telcel sea el único oferente del servicio de terminación de llamadas en usuarios de su propia RPT se acreditó [...].⁴³

[...] Telcel no tiene competidores en virtud de ser el único oferente del servicio de terminación de llamadas en usuarios de su propia RPT.⁴⁴

[...] únicamente Telcel tiene acceso a los insumos que se requieren para prestar los servicios relevantes [...].⁴⁵

[...] el posicionamiento de los servicios de terminación que ofrece Telcel es absoluto: los servicios relevantes no pueden obtenerse mediante importaciones y los concesionarios que usan dichos servicios no pueden acudir a otros proveedores [...].⁴⁶

Objeto y efecto

En la resolución se estableció que: “[...] la conducta acreditada produce el objeto y efecto del desplazamiento indebido de terceros CRPTs fijas y móviles que compiten con Telmex y Telcel y otorga ventajas exclusivas a favor de Telcel y el GETTT [...] se trata de actos cuyo objeto o efecto es establecer

³⁹ Página 489 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

⁴⁰ Página 490 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ídem.

⁴³ Página 491 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Página 492 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

ventajas exclusivas a favor de Telcel y el GETTT, y que causa el desplazamiento indebido de terceros CRPTs fijas y móviles que compiten con Telmex, Telnor y Telcel, de los mercados relacionados de STL fija y STL móvil, respectivamente”.⁴⁷

Finalmente, con relación al tamaño del mercado afectado, en la resolución DE-37-2006 se realizaron las siguientes consideraciones:

“Tamaño del mercado afectado [...]

Como se señaló, **los mercados afectados fueron los de telefonía fija y móvil. Ambos tienen presencia a nivel nacional**, toda vez que las concesiones para el servicio móvil que se otorgan, a pesar de encontrarse determinadas por nueve circunscripciones geográficas, cubren la totalidad del país. De ahí que la conducta tiene efectos en mercados con una dimensión geográfica nacional.

Aún y cuando se consideraran la cantidad de usuarios para definir este concepto, la determinación resultaría la misma, en virtud de que los usuarios se encuentran agrupados en las áreas geográficas señaladas en el párrafo anterior y son los agentes participantes del mercado quienes se encargan de [Sic] extender la red pública de telecomunicaciones de que se trate.

En el caso de la telefonía local fija, rige el mismo principio, con la variación que las concesiones se otorgan por núcleos poblacionales.”⁴⁸ [Énfasis añadido].

Así, en la resolución emitida en el expediente DE-37-2006 y acumuladas, el Pleno de la CFC concluyó que:

“[...] **Al fijar la tarifa de terminación en su red en un nivel alto y superior a costos**, Telcel incrementa los costos para una proporción elevada de las llamadas off-net provenientes de redes de menor tamaño, tanto fijas como móviles. Por otra parte, dado que Telcel es la red más grande y no asume los costos equivalentes a la tarifa de terminación que cobra a terceros, puede establecer precios a sus usuarios finales inferiores a la tarifa de terminación. La práctica de Telcel se traduce en la imposibilidad para otros operadores de replicar los diferentes planes que ofrece al usuario final de manera rentable para alcanzar a un amplio universo de usuarios del servicio móvil. La ventaja en costos creada por Telcel es artificial, pues no se basa en eficiencia alguna, sino en el abuso de su posición de mercado. Así, **desplaza indebidamente a los demás oferentes de servicios de telefonía que compiten con el grupo**

⁴⁷ Páginas 492 y 494 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

⁴⁸ Página 514 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

económico Telcel-Telmex-Telnor, y se refuerzan los incentivos de los consumidores para mantenerse en o cambiarse a la red de Telcel.

[...] La conducta de Telcel afecta a las empresas y los consumidores en mercados en que existen casi veinte millones de líneas de telefonía fija y más de ochenta y tres millones de líneas de telefonía móvil [...].”⁴⁹ [Énfasis añadido].

1.2. RA-007-2011

El treinta de mayo de dos mil once, Telcel interpuso recurso de reconsideración en contra de la resolución correspondiente al expediente DE-037-2006 y acumulados. Posteriormente, mediante escrito de veinte de marzo de dos mil doce Telcel propuso compromisos en términos de lo dispuesto por el artículo 33 bis de la LFCE. Finalmente, en resolución emitida por el Pleno de la CFC el treinta de abril de dos mil doce, se determinó que los compromisos presentados por Telcel:

“[...]

a) Son idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos o no realizar la práctica: toda vez que la Tarifa de Terminación que propone es igual o razonablemente cercana a costos para el dos mil once de acuerdo al modelo de costos de la Cofetel e implica reducciones para años posteriores hasta el año dos mil catorce que garantizan que serán iguales o al menos razonablemente cercanas a costos de proveer el servicio. Las tarifas propuestas se ajustan a los estándares de las mejores prácticas internacionales y a los parámetros propuestos por la Cofetel para su determinación. Adicionalmente, con la oferta pública los operadores competidores de Telcel podrán programar sus inversiones al tener transparencia respecto de las condiciones, precios y términos que ofrece en la prestación del servicio y ya no constituyen un incremento en los costos de sus competidores que los obliguen a reducir sus márgenes de ganancia o a asumir la pérdida de clientes, sino que les permite competir en igualdad de circunstancias en los mercados relacionados de STL fija y móvil. El acceso a la información de tarifas, ventas, tráfico, niveles de suscripción, intensidad de uso de cada plan tarifario, condiciones de comercialización, entre otros; a un nivel desagregado suficiente permitirá constatar que la Tarifa de Terminación no se constituya en un instrumento para elevar los costos de competidores actuales o potenciales. Lo anterior conlleva a que ya no se produzca un posible desplazamiento ni que se otorguen ventajas exclusivas a favor del GETTT atribuibles a esa práctica.

b) Se restaura o protege el proceso de competencia y libre concurrencia: en atención a que las TARIFAS DE TERMINACIÓN que se proponen permiten que los concesionarios de RPT's fijas o móviles puedan ofrecer a sus usuarios

⁴⁹ Página 528 de la Resolución DE-037-2006.

tarifas por la terminación de llamadas en la RPT de TELCEL que sean competitivas con las que ésta ofrece a sus usuarios finales.

[...]

RESOLUTIVOS

[...]

Segundo.- Son procedentes y se aceptan los compromisos presentados por TELCEL, en virtud de que los medios propuestos resultan idóneos y económicamente viables para no llevar a cabo la práctica o dejarla sin efectos y los compromisos tienen como consecuencia restaurar o proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

Tercero.- Por virtud de la aceptación de los compromisos, se revoca la resolución del siete de abril de dos mil once, dictada en el expediente DE-037-2006 y acumulados, que decretó la imposición de una multa a TELCEL por la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE.

Cuarto.- Se determina no imputar responsabilidad a TELCEL, por haberse acogido al beneficio de terminación anticipada del procedimiento establecido en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.

Quinto.- TELCEL queda sujeta al procedimiento de verificación previsto en el artículo 38 bis de la LFCE y, en caso de incumplimiento, se podrá hacer acreedora a una sanción en los términos previstos en el artículo 35, fracción XI de la LFCE.”⁵⁰

El artículo 33 bis 2 de la LFCE, en el que el Pleno de la CFC fundamentó la resolución que concluyó en sede administrativa este asunto, en el tercer párrafo establecía que la aceptación de los compromisos presentados, no podría ir en perjuicio de los daños y perjuicios que los agentes económicos afectados por la conducta pudieran reclamar.

Al término de este procedimiento, ya estaban dispuestas las vías para reclamar daños y perjuicios mediante el decreto modificatorio a la Ley Federal de Competencia Económica, publicada el treinta de agosto de dos mil once que entró en vigor el uno de marzo de dos mil doce. El artículo 38 de esa ley establecía que las personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses **de forma independiente** a los procedimientos previstos en esa ley. Esta disposición estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica el siete de julio de dos mil catorce.

A pesar de las modificaciones en las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica referentes a la posible reclamación de daños y perjuicios, el elemento común en todas ellas es que

⁵⁰ Páginas 1, 24, 32,37, 39, 46, 48, 49, 50, 52, 57 y 68 de la resolución emitida por el Pleno de la CFC el treinta de abril de dos mil doce en el expediente RA-007-2011

establecen que los agentes económicos que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida deben reclamarlos por la vía judicial.

1.3 Expediente E-IFT/UC/RR/0003/2013 (RA-007-2011 del índice de la CFC)

En la resolución emitida por el Pleno del Instituto en el expediente E-IFT/UC/RR/0003/2013, el tres de junio de dos mil quince, resolvió lo siguiente:

"[...] al haber presentado Telcel la totalidad de la información y documentación requerida, el Pleno de este Instituto tiene por cumplidos en su totalidad los Compromisos que Telcel se comprometió a realizar derivado de la Resolución Compromisos [...]

1. Fueron idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos o no realizar la práctica monopólica relativa; toda vez que la tarifa del Servicio de Terminación que propuso Telcel fue igual o razonablemente cercana a costos para el año dos mil once de acuerdo al modelo de la Cofetel e implicó reducciones para los años posteriores. Las tarifas se ajustaron a los estándares de las mejores prácticas internacionales y a los propuestos por la autoridad reguladora para su determinación. Adicionalmente, la oferta pública permitió constatar que la tarifa del Servicio de Terminación no constituye un instrumento para elevar los costos de competidores.

2. Se restauró y protegió el proceso de competencia y libre concurrencia en atención a que las tarifas del Servicio de Terminación que se propusieron permitieron que los concesionarios de las redes públicas de telecomunicaciones fijos o móviles pudieran ofrecer a sus usuarios tarifas por el Servicio de Terminación de Llamadas en la red de Telcel que sean competitivas con las que éste ofrece a sus usuarios finales." ⁵¹

"IV. ACUERDOS

[...]

Segundo. Se tienen por cumplidos los siguientes compromisos: (i) el Compromiso Primero, en su totalidad; (ii) el Compromiso Tercero; en su totalidad; (iii) el Compromiso Cuarto en su totalidad; y, (iv) el Compromiso Quinto, en su totalidad, en términos de la resolución de treinta de abril de dos mil doce, por medio de la cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia aceptó los compromisos presentados por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.

[...]".⁵²

2. Expediente

⁵¹ Páginas 53 y 54 de la resolución E-IFT/UC/RR/0003/2013.

⁵² Páginas 1, 11, 12, 15, 16 y 54 de la resolución dictada por el Pleno del Instituto el tres de junio de dos mil quince en el expediente E-IFT/UC/RR/0003/2013.

2.1 Resolución de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis

El dos de septiembre de dos mil dieciséis, el Segundo Tribunal emitió sentencia en el recurso de inconformidad 5/2016, en la que resolvió:

“[...] El Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones incurrió en repetición del acto reclamado, pues si bien efectuó diversas actuaciones para dar cauce a la denuncia de las quejas, emplazar a la probable responsable y resolver la investigación, lo cierto es que decretó el cierre del expediente con el mismo grado de afectación que aquél por el cual se concedió la protección constitucional por los mismos que se consideraron inconstitucionales.

[...] el sentido de afectación fue que la autoridad decretó el cierre del expediente sin haberse pronunciado sobre los hechos denunciados, ello, con independencia de que tales hechos fueran coincidentes con los de otra investigación, pues, debió considerar que al tratarse de una práctica monopólica relativa, las quejas denunciadas pudieron haber sufrido un daño o perjuicio del previsto en el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica.

[...] si el primer acto se declaró inconstitucional porque la autoridad les privó a las quejas de una resolución que se pronunciara sobre los posibles hechos denunciados y daños sufridos, y el segundo acto priva de lo mismo porque no se pronuncia sobre si están probados los hechos denunciados y si sufrieron una afectación competitiva, es claro que se actualiza la repetición del acto reclamado.

No sobra señalar que la autoridad se funda en los principios de cosa juzgada y non bis in ídem; sin embargo, en la sentencia de amparo se dijo que era insuficiente la identidad de hechos y agente denunciado para rehusarse a pronunciarse sobre si se cometieron los hechos y la posible afectación.

[...]

Este pronunciamiento es necesario por la posibilidad de que los denunciantes puedan demandar por la vía que corresponda los daños y perjuicios causados por los hechos denunciados [...], lo cual no está supeditado a que se sancione nuevamente a un agente por la misma conducta, sino a que se declare probada la conducta específicamente respecto de los agentes denunciantes que pretendan la indemnización por cuanto dicha conducta haya afectado su posición competitiva; [...]

[...]

Por las razones expuestas, se estima que la juez de distrito debió declarar fundada la repetición del acto reclamado, aunque resulta claro para este tribunal que no existió mala fe o dolo por parte de la autoridad [...].”⁵³

2.2. Decisión del Segundo Tribunal sobre la resolución del Pleno del Instituto en el Expediente de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis

De lo anterior se desprende que la resolución emitida por el Pleno del Instituto, el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis en el Expediente, al no incluir un pronunciamiento sobre los hechos denunciados por los Denunciantes, constituye la repetición de un acto reclamado, toda vez que, se priva a los Denunciantes de una resolución que se pronuncie sobre los hechos materia de su denuncia y sobre la posibilidad de que éstas pudieran sufrir un daño como consecuencia de la práctica anticompetitiva denunciada.

De esa manera, en atención a lo resuelto por el Segundo Tribunal y con fundamento en lo previsto en el artículo 107, fracción XVI, segundo párrafo de la CPEUM,⁵⁴ así como el diverso 200, párrafo tercero,⁵⁵ de la Ley de Amparo, se deja sin efectos la resolución emitida por el Pleno del Instituto el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis en el Expediente.⁵⁶

QUINTO. EMISIÓN DEL OPR

El OPR se emitió en cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria, mediante la cual, la Segunda Sala de la SCJN resolvió revocar la sentencia dictada por el Juzgado Primero, de fecha veinticinco de marzo de dos mil catorce, y conceder el amparo y protección de la justicia federal a los

⁵³ Páginas 58, 59 y 60 de la sentencia emitida por el Segundo Tribunal el dos de septiembre de dos mil dieciséis.

⁵⁴ “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: [...]

XVI. [...]

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”

⁵⁵ “Artículo 200. [...]

[...]

Si no hubiera repetición, o habiéndola, la autoridad no actuó dolosamente y dejó sin efectos el acto repetitivo antes de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta hará la declaratoria correspondiente y devolverá los autos al órgano judicial que los remitió”.

⁵⁶ Sirva de sustento el siguiente criterio judicial: “**DENUNCIA DE REPETICIÓN DEL ACTO RECLAMADO. PARA DECLARARLA SIN MATERIA, BASTA QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE DEJE INSUBSISTENTE EL ACTO DENUNCIADO COMO REITERATIVO DEL RECLAMADO Y EMITA UNO NUEVO, QUEDANDO EXENTO DE ESCRUTINIO EL NUEVO ACTO (LEY DE AMPARO VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013)**. La denuncia de repetición del acto reclamado prevista en el artículo 108 de la Ley de Amparo abrogada, es un medio de impugnación tendente a evitar el dictado de los mismos vicios del acto declarado inconstitucional. Ahora bien, el Juez o tribunal de amparo que conozca de la denuncia respectiva puede declararla sin materia cuando durante su trámite, o bien, cuando se resuelva la inconformidad respectiva, la autoridad responsable deje insubsistente el acto denunciado como reiterativo y emita uno nuevo en sustitución, sin que sea necesario que se analice el nuevo acto, toda vez que los Jueces federales se estarían extralimitando, al estar impedidos para analizarlo ante la falta de promoción expresa, pues en su contra, el quejoso puede hacer valer otros medios de impugnación, como son la queja por exceso o defecto en el cumplimiento, otra denuncia de repetición del acto reclamado o, inclusive, un nuevo juicio de amparo.” Criterio localizable en: No. de Registro: 2013365, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del SJF, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, Tesis: P./J. 31/2016 (10a.), página: 6.

Denunciantes, contra la Resolución, en los términos precisados en el Octavo considerando cuya parte conducente se transcribe:

“[...]

Finalmente, por lo que hace a la garantía de audiencia, [...] su debido respeto impone a las autoridades la obligación de cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, siendo éstas las que resulten necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en: la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la oportunidad de alegar; y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

[...]

No se desconoce que en el acto reclamado la autoridad responsable expresó que los hechos expuestos en la denuncia del expediente DE-007-2010 son coincidentes con la conducta analizada y resuelta en el diverso expediente DE-037-2006 y sus acumulados, y que al haberse resuelto éste mediante compromisos asumidos por la tercero interesada, se restauró el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado del servicio de la terminación de llamadas en la red pública de telecomunicaciones; sin embargo, esa motivación no es suficiente para tener por observados los principios que rigen en la emisión de todo acto de autoridad, en el caso, en atención a las formalidades esenciales del procedimiento y los principios de legalidad y seguridad jurídica, la autoridad responsable debió advertir la necesidad de que la investigación culminara con el pronunciamiento correspondiente a la denuncia formulada, aun y cuando los hechos denunciados fueran coincidentes con otra investigación, pues al tratarse de una práctica monopólica relativa, se está ante la posibilidad de que los denunciantes hayan sufrido un daño o perjuicio, en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica, lo que implicaba que en atención a los derechos fundamentales referidos, la autoridad debió tomar en cuenta ese aspecto del procedimiento de investigación y pronunciarse al respecto.

[...]”⁵⁷

Mediante sentencia emitida por el Juzgado Primero, de fecha ocho de septiembre de dos mil quince, se tuvo por cumplida la Ejecutoria, en los siguientes términos:

⁵⁷ Folios 54742 y 54743 del Expediente.

“[...] de la resolución de once de agosto del año en curso, se advierte que el Titular de la autoridad investigadora emitió acuerdo en el que determina que una vez revisados los hechos denunciados y la presunción de las denunciados, en el sentido de que pudieran haber sufrido daños y perjuicios en términos de los [Sic] dispuesto en el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica; se ordenó emplazar a Telcel como probable responsable de la comisión de la práctica monopólica relativa descrita en la fracción XI del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica.

De ahí, que se advierta que los lineamientos de la ejecutoria hayan sido cumplidos por la autoridad responsable, sin exceso.

Por las razones expuestas, con fundamento en el artículo 196, párrafos segundo y tercero, de la Ley de Amparo, se declara cumplida la ejecutoria de amparo.

[...]”⁵⁸

Finalmente, en contra del proveído que declaró cumplida la sentencia de amparo, Telcel interpuso recurso de inconformidad, el cual fue admitido por el Segundo Tribunal el veintidós de octubre de dos mil quince, con el número de expediente 5/2015.

Al respecto, el Segundo Tribunal en sesión de veintiséis de noviembre de dos mil quince, dictó sentencia en el recurso de inconformidad 5/2015, en la cual resolvió tener por cumplida la Ejecutoria a la luz de los siguientes razonamientos:

“[...] la Superioridad no se pronunció en modo alguno sobre la forma y alcance con los cuales la autoridad daría cauce a la investigación ni mucho menos sobre el sentido de su resolución, por lo cual carece de fundamento la pretensión de la inconforme de que se realizaran otras diligencias de investigación o de que no se dictara el oficio de probable responsabilidad, pues la ejecutoria de amparo en modo alguno prejuzgó sobre la facultad de la autoridad para darle continuidad al expediente abierto con la denuncia.

[...]

A mayor abundamiento, se hace notar que si bien tiene razón la inconforme al decir que la ejecutoria no obligaba a emitir un oficio de probable responsabilidad, también lo es que esta decisión quedó sujeta al ejercicio de las facultades de la autoridad, sobre el cual no se pronunció el Máximo Tribunal, de donde se sigue que la determinación de tener por cumplido el fallo no limita el derecho de la quejosa, que conforme a la ley le asiste, para impugnar en su oportunidad los nuevos actos por vicios propios”.⁵⁹

⁵⁸ Folio 54661 del Expediente.

⁵⁹ Folios 55403, 55406 y 55407 del Expediente.

Si bien, la Ejecutoria no instruyó explícitamente la emisión del OPR, pero su emisión constituía el único medio para cumplir con los parámetros en ella establecidos para garantizar el derecho de audiencia de los Denunciantes.

Así, la emisión del OPR constituye el acto que cumplió con la Ejecutoria y que restituyó a las quejas en el derecho que el Poder Judicial determinó violado. Asimismo, tomando en cuenta que la Ejecutoria señaló que *“la autoridad responsable debió advertir la necesidad de que la investigación culminara con el pronunciamiento correspondiente a la denuncia formulada”* es necesario considerar que el OPR es el acto que constituye el pronunciamiento correspondiente a la investigación y consecuentemente a la denuncia formulada.

La investigación, de acuerdo con la LFCE, es una etapa **autónoma e independiente** al procedimiento seguido en forma de juicio que culmina con esta resolución.⁶⁰ Por lo tanto, el OPR constituye un

⁶⁰ Sirven de apoyo los siguientes criterios judiciales: i) **“COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FACULTAD DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE LA MISMA COMISIÓN.** De lo dispuesto en los artículos 24, fracciones I y III, y 30 a 39 de la Ley Federal de Competencia Económica se advierte que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el ejercicio de la facultad investigadora denominada "procedimiento administrativo de investigación", por parte de la Comisión Federal de Competencia, relativa a la obtención de informes y documentos de particulares en términos del artículo 31 de la ley citada, constituye una actuación de naturaleza distinta, **autónoma e independiente** del diverso procedimiento contencioso ante la misma comisión, en materia de competencia económica. Lo anterior es así, ya que el ordenamiento citado establece que la mencionada comisión tendrá entre sus atribuciones la de resolver los casos que sean de su competencia y, en su caso, sancionar a quienes se demuestre que violaron esa ley, para lo cual la comisión podrá sustanciar el procedimiento contencioso, pero con independencia de ese procedimiento instituye una facultad a través de la cual se dota a la referida comisión de atribuciones legales que le permiten requerir y obligar a los particulares para que exhiban ante ella los informes y documentos que sean relevantes para que realice sus averiguaciones preliminares al procedimiento contencioso.” No. Registro: 181,770. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: SJF y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: P. VII/2004 Página: 257”; ii) **“COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, POR REGLA GENERAL, NO ES COMBATIBLE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.** El oficio de presunta responsabilidad a que hace referencia el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, **da inicio a la segunda etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, el cual es un procedimiento seguido en forma de juicio.** Por tanto, si la parte quejosa reclama mediante el juicio de amparo indirecto aquella determinación, por regla general se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el diverso numeral 114, fracción II, segundo párrafo, ambos de la Ley de Amparo, toda vez que la acción constitucional de amparo deberá intentarse hasta que se dicte la resolución definitiva, ya sea por violaciones cometidas en esta última o durante el procedimiento, dentro del cual queda comprendido el oficio de presunta responsabilidad, si por virtud de éstas se hubiere dejado en estado de indefensión al quejoso, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia”. No. Registro: 181,775. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: SJF y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.283 A Página: 1401; iii) **“COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA SEGUNDA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ES UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** De los artículos 23, 24, fracción I, 30, 31, primer párrafo y 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, así como 23, fracción I, 25, fracción I, 27, primer párrafo, 30 y 31 de su reglamento, se advierte que el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de Competencia **se compone de dos grandes etapas.** La primera, tendiente a recabar medios de prueba que permitan suponer la existencia, a nivel presuntivo, de actos o prácticas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica. La segunda etapa inicia con el oficio de presunta responsabilidad, por el que se especifica claramente cuáles son las conductas monopólicas o prohibidas observadas en la fase anterior, señalándose quién es el presunto infractor, ordenando su emplazamiento, para que aquél, en un término no mayor a treinta días comparezca a manifestar lo que a su interés convenga y exhibir las pruebas pertinentes; posteriormente, la comisión fijará un plazo no mayor a treinta días naturales para formular alegatos; hecho lo cual, la

pronunciamiento de la Autoridad Investigadora del Instituto sobre la conclusión de la investigación y el acto mediante el cual se cumplió la Ejecutoria.

Por su parte, la etapa seguida en forma de juicio inicia con la notificación del OPR a los agentes económicos imputados como probables responsables de una conducta prohibida por la LFCE. En esta etapa se otorga el derecho de audiencia y concluye con la emisión de una Resolución del Pleno, quien toma en consideración el contenido del OPR y los elementos del Expediente. En el Expediente, esta etapa se sustancia con fundamento en el artículo 33 de la LFCE.

SEXTO. ELEMENTOS DEL OPR

1. Hechos denunciados

Los Denunciantes realizaron las siguientes manifestaciones en su Escrito de Denuncia:⁶¹

- i) Telcel ha cobrado a los Denunciantes y presumiblemente a otros concesionarios de RPT, entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil nueve, tarifas por el servicio de Terminación con un nivel significativamente por encima del CILP⁶² de dicho servicio; y
- ii) Telcel no imputa ni refleja en las tarifas a sus usuarios finales todo el costo de la Terminación de las llamadas On-net.⁶³

Asimismo, los Denunciantes señalaron que dichas acciones actualizaban las fracciones V, X, y XI del artículo 10 de la LFCE, en atención a lo siguiente:

Fracción V del artículo 10 de la LFCE:

1. Telcel unilateralmente se rehusó a proporcionarles el servicio de Terminación de llamadas, ya que la negativa de trato no requiere que haya una conducta cuyo resultado sea una negación absoluta, sino que también encuadra en los supuestos de denegación de trato la negativa implícita, como sería en este caso, el alto diferencial entre las tarifas del servicio relevante.
2. La Terminación de llamadas en la red de Telcel es un insumo esencial para el oferente del servicio de telefonía, toda vez que la llamada originada en la red de los Denunciantes con destino a un usuario de Telcel, debe ser cursada y terminada a través de la red de este último, sin que existan otras alternativas para hacerlo.

Fracción X del artículo 10 de la LFCE:

1. Los concesionarios de RPT que demandan el servicio de Terminación en la RPT de Telcel, se encuentran en igualdad de condiciones que los clientes que contratan los servicios finales de

autoridad deberá dictar una resolución dentro de los sesenta días naturales siguientes. Esta última fase es un procedimiento seguido en forma de juicio para los efectos del artículo 114, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, pues en él la Comisión Federal de Competencia realiza los actos necesarios para dictar una resolución definitiva en relación con las prácticas monopólicas investigadas, dando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar a su favor". No. Registro: 181,773. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: SJF y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.285 A Página: 1402.

⁶¹ Folios 21, 22, 30, 32, 40, 42, 47, 54, 56 y 57 del Expediente.

⁶² Equivalente a su costo marginal, es decir, el nivel aproximado que tendría la tarifa de Terminación en un contexto competitivo. Folio 15 del Expediente.

⁶³ Llamada que se transmite a través de la misma Red Pública de Telecomunicaciones (cuando el concesionario de origen y de destino son el mismo). Página 1 de las resolución emitida el siete de abril de dos mil once, en el expediente DE-37-2006 y acumulados.

dicho agente económico, en virtud de que ambos demandan el mismo servicio de Terminación, sin el cual, al ser un servicio esencial, no podrían terminar el tráfico público conmutado que originan.

2. Telcel se imputa un costo significativamente inferior para el servicio de Terminación en sus servicios de telefonía móvil al usuario final y en particular, en las tarifas para llamadas On-net, que la tarifa por el servicio de Terminación que cobra a otros concesionarios, incluyendo los Denunciantes, aun y cuando, en ambos casos se utilizan los mismos elementos, funciones y capacidad de red.

Fracción XI del artículo 10 de la LFCE:

1. La conducta de Telcel tiene por objeto y efecto incrementar los costos y reducir la demanda de los competidores del grupo de interés económico de Telcel y Telmex, en este caso en la prestación de servicios de telefonía, ya que la tarifa del Servicio Relevante: (a) se encuentra significativamente por encima del costo total incremental de largo plazo, el cual aproximaría el nivel de la tarifa en condiciones competitivas; (b) Telcel no imputa en su totalidad el costo de la Terminación en su red en las tarifas que ofrece a los usuarios finales.
2. La conducta tiene el efecto de hacer menos atractivos los servicios de los Denunciantes, lo que acotaría el crecimiento de su base de usuarios y sus ingresos, impidiéndoles aprovechar las economías de escala y de red existentes en los servicios que prestan.
3. Debido al esquema EQLLP Nacional, la conducta de Telcel también encarece indebidamente el servicio de larga distancia que los Denunciantes brindan a sus usuarios.

En suma, los **hechos denunciados** consisten en que Telcel establece tarifas de Terminación en las llamadas entre usuarios de su propia red (llamadas On-Net) que son menores que la tarifa que dicho agente económico cobra a los Denunciantes por el servicio de Terminación de llamadas en su red, entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil nueve. Los Denunciantes prevén que los hechos señalados podían actualizar los supuestos previstos en las fracciones V, X y XI del artículo 10 de la LFCE.

A estos hechos, los Denunciantes atribuyen el efecto (entendido como **afectación competitiva**) de: (i) hacer menos atractivos los servicios de los Denunciantes, lo que acotaría el crecimiento de su base de usuarios y sus ingresos, impidiéndoles aprovechar las economías de escala y de red existentes en los servicios que prestan; y (ii) en el esquema EQLLP, encarece indebidamente el servicio de larga distancia que los Denunciantes brindan a sus usuarios.

2. Conclusiones del OPR

2.1. Práctica monopólica relativa imputada a Telcel

Al concluir la etapa de investigación conducida en términos del artículo 30 de la LFCE, la Autoridad Investigadora del Instituto emitió un OPR en el que imputó la probable responsabilidad de Telcel por la realización de los hechos denunciados que actualizaron la conducta prevista en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE la cual establece:

“Artículo 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del

mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

[...]

XI. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.”

El OPR establece que los hechos denunciados:⁶⁴

- a) Tuvieron como objeto y/o efecto incrementar los costos, obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda de sus competidores, entre los que se encuentran los Denunciantes, por lo que actualizan el supuesto previsto en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE.
- b) Fueron realizados por Telcel quien pertenece al GETTT y tiene poder sustancial en el Mercado Relevante definido como el servicio de Terminación en su RPT.
- c) Tienen por objeto y/o efecto, directo o indirecto, desplazar indebidamente a agentes económicos en el mercado relacionado del servicio de telefonía fija, lo cual actualizaría lo dispuesto en el proemio del artículo 10 de la LFCE.

En lo relativo a los incisos (a) y (c) es necesario distinguir que el artículo 10 de la LFCE se refiere al término “objeto o efecto” con dos propósitos distintos:

- (i) Primero, debe identificarse si los hechos analizados constituyen acciones cuyo “objeto o efecto” directo o indirecto sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores. En este caso la referencia a “objeto o efecto” tiene el propósito de determinar si los hechos actualizan el supuesto previsto en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE; y
- (ii) Después, en caso de que lo señalado en (i) se cumpla, entonces debe establecerse en sus propios méritos si los hechos también actualizan uno o más de los objetos o efectos prohibidos en el proemio del artículo 10 de la LFCE consistentes en desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente el acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

El *objeto o efecto* referido en el inciso (ii), en su caso, es el que se evalúa para determinar la existencia de una afectación competitiva, atendiendo la naturaleza de la conducta que se determine considerando lo señalado en el inciso (i).

2.2. Sobre los hechos denunciados

Respecto a los hechos denunciados, el OPR concluye que existen elementos en el Expediente para imputar que Telcel cobra una tarifa de Terminación a terceros concesionarios de RPT, incluidos los Denunciantes, que es superior a la que se auto imputa por el mismo servicio, empleado para prestar el servicio de telefonía.

⁶⁴ Folio 52525 a 52528 del Expediente.

Los Denunciantes pagaron Tarifas de Terminación a Telcel de enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez

El Expediente contiene facturas presentadas por los Denunciantes y Convenios de Interconexión registrados por Telcel ante la Cofetel, autoridad hoy extinta.

A partir de estos elementos se tiene que:

- a) Operbes,⁶⁵ Bestphone⁶⁶ y Cablemás⁶⁷ son concesionarias de RPT pertenecientes al Grupo de Interés Económico de los Denunciantes que prestan servicios de telefonía fija y, en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez, pagaron a Telcel las tarifas por minuto de interconexión que se listan en el siguiente cuadro.

AÑO	OPERBES ⁶⁸	BESTPHONE	CABLEMÁS ⁶⁹
2007	"Confidencial"	"Confidencial"	"Confidencial"
2008	"Confidencial"	"Confidencial"	"Confidencial"
2009	"Confidencial"	"Confidencial"	"Confidencial"
2010	"Confidencial"	"Confidencial"	"Confidencial"

- b) Que durante el periodo señalado en (a), Cablevisión y TVI hicieron uso del servicio de Terminación en la RPT de Telcel de manera indirecta, a través del servicio contratado por Bestphone a Telcel. Por su parte, TVI también usó indirectamente ese servicio, a través del servicio contratado por Operbes a Telcel. Cablemás, por otra parte, contrató directamente ese servicio a Telcel.
- c) Que Bestphone, TVI, Cablemás y Cablevisión, en su carácter de Denunciantes, acreditan que directa o indirectamente hicieron uso del servicio de Terminación en la RPT de Telcel en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez, por el que pagaron a Telcel las tarifas por minuto de interconexión que se listan en el cuadro del inciso (a).
- d) Que el uso directo e indirecto de los Denunciantes del servicio de Terminación de Llamadas en la RPT de Telcel, contratado a las tarifas señaladas en el cuadro del inciso (a), tuvo efectos en la provisión del servicio de telefonía fija de los Denunciantes, en la modalidad local (prefijo 044) y de larga distancia (prefijo 045 en el esquema EQLLP).

⁶⁵ Folios 44546 a 44552; 44623 a 45024 y 45030 a 45812 del Expediente.

⁶⁶ Folios 40147 a 44379 y 44468 a 45814 del Expediente.

⁶⁷ Folios 943 a 1057 del Expediente.

⁶⁸ Las facturas pagas por Operbes corresponden a tráfico con prefijo 045 bajo la modalidad EQLLP y el esquema de tasación es de redondeo al minuto para cada llamada.

⁶⁹ Las tarifas pagadas por Cablemás (Cablemás, Telecable de Chihuahua y TV Cable) corresponden a tráfico con prefijo 044 bajo la modalidad EQLLP y el esquema de tasación es de redondeo al minuto para cada llamada.

Telcel cobró a los Denunciantes Tarifas de Terminación mayores a las que se autoimputó en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez

A pesar de haber sido requerida expresamente por la autoridad durante la etapa de investigación en el Expediente, Telcel no proporcionó información ni documentación que permitiera determinar las tarifas que Telcel se autoimputó en el uso del servicio de Terminación en su RPT.⁷⁰

En consecuencia, con base en la mejor información disponible en el Expediente, el OPR estimó las tarifas que Telcel se autoimputó en el uso del servicio de Terminación en su RPT con base en tres metodologías. A partir de las estimaciones obtenidas concluyó que esas tarifas son menores a las que Telcel cobró a los Denunciantes en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez, por el mismo servicio de Terminación de llamadas en su RPT.

A continuación se presentan las tres metodologías empleadas en el OPR para estimar las tarifas que Telcel se autoimputó en el uso del servicio de Terminación en su RPT en el periodo referido.

Primera Metodología

La primera metodología estima la tarifa promedio implícita del costo por minuto de una llamada dentro de la red de Telcel (On-net) con base en información disponible en reportes anuales presentados por AMX ante la BMV para los años dos mil ocho a dos mil once,⁷¹ tomando en consideración los siguientes elementos:

- i) Ingresos anuales;
- ii) Número de suscriptores anuales;
- iii) Ingresos promedio por suscriptor, y
- iv) Los minutos mensuales de tiempo aire promedio por suscriptor.

Del análisis realizado de los elementos listados se estimó la tarifa promedio implícita que cobra Telcel a sus suscriptores por minuto de llamada originada en su red, para cada año en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez.

TARIFA PROMEDIO IMPLÍCITA			
AÑO	INGRESOS ANUALES TOTALES	INGRESOS PROMEDIO MENSUALES POR SUSCRIPTOR	INGRESOS ANUALES POR SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL
2007	\$1.48	\$1.31	"CONFIDENCIAL"
2008	\$1.15	\$1.00	"CONFIDENCIAL"
2009	\$1.03	\$0.84	"CONFIDENCIAL"
2010	\$0.90	\$0.79	"CONFIDENCIAL"

⁷⁰ Folios 47659 a 47671 y 47976 a 48040 del Expediente.

⁷¹ Folios 2972 y 51075 del Expediente.

Las tarifas reflejadas en el cuadro anterior, corresponden al pago que realizan los suscriptores de Telcel por cada minuto de llamada que realicen, es decir, es la tarifa que pagan por llamar durante un minuto en llamadas originadas y terminadas en la red de Telcel (On-net).

Segunda Metodología

La segunda metodología analiza los planes tarifarios registrados por Telcel ante la Cofetel que corresponden a los años dos mil a dos mil doce⁷² y estima la tarifa promedio implícita del costo por minuto de una llamada On-net en la red de Telcel con base en los siguientes elementos:

- i) Costos de originación de llamada;
- ii) Costos de terminación de llamada On-net o tarifa de terminación implícita en las operaciones de Telcel;
- iii) Costos de distribución, comercialización y venta al usuario final, y
- iv) Margen de ganancia;

Como resultado del análisis de los elementos listados se estimaron las tarifas promedio implícitas que se auto imputa Telcel por la Terminación de Llamadas On-net para cada año del periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez. En el siguiente cuadro se presentan los resultados de esta estimación y se compara con las tarifas de Terminación cobradas por Telcel a los Denunciantes en el mismo periodo.

AÑO	TARIFA PROMEDIO IMPLÍCITA	TARIFA DE TERMINACIÓN COBRADA A LOS DENUNCIANTES
2007	\$1.08	"CONFIDENCIAL"
2008	\$1.10	"CONFIDENCIAL"
2009 ⁷³	\$1.08	"CONFIDENCIAL"
2009 ⁷⁴	\$1.08	"CONFIDENCIAL"

Tercera Metodología

Esta metodología considera la información presentada en el Escrito de Denuncia⁷⁵ que corresponde a la tarifa de Terminación que Telcel se auto imputa, como la estimaron los Denunciantes. Con ella se estimaron las tarifas por minuto que cobra Telcel a sus usuarios finales del servicio de telefonía móvil considerando:

- i) Veinticinco planes de prepago, vigentes en diciembre de dos mil nueve; y
- ii) Veinte planes de post-pago, vigentes en diciembre de dos mil nueve.

El OPR reproduce las estimaciones presentadas por los Denunciantes en su Escrito de Denuncia, en las cuales distingue un escenario "*conservador*" y otro "*realista*". El *conservador* supone una distribución de tráfico que reduce a la mitad el tráfico de números móviles marcado respecto del

⁷² Folios 50009 a 50492 del Expediente.

⁷³ Planes vigentes desde el cinco de junio de dos mil nueve.

⁷⁴ Planes vigentes desde el cuatro septiembre de dos mil nueve.

⁷⁵ Folio 70 del Expediente.

perfil *realista*. El perfil *realista* se basa en la distribución de tráfico de llamadas a teléfonos móviles, medido en minutos, de los suscriptores de Cablevisión durante dos mil ocho sobre una base de más de 10,000 (diez mil) usuarios.

A partir de las consideraciones señaladas se estimaron las tarifas promedio implícitas que se auto imputa Telcel por la Terminación de Llamadas On-net que se presentan en el siguiente cuadro.

PLANES	PROMEDIO DE LAS TARIFAS EFECTIVAS "CONSERVADOR"	PROMEDIO DE LAS TARIFAS EFECTIVAS ESCENARIO "REALISTA"
PREPAGO	\$ 1.40	\$ 0.54
POSTPAGO "MÁS MENOS" X	\$ 0.68	\$ 0.38
POSTPAGO "MÁS POR MENOS NACIONAL"	\$ 0.74	\$ 0.40

RESUMEN de las metodologías

De la primera y tercera de las metodologías analizadas en el OPR se observa que la tarifa promedio implícita que cobra Telcel a sus suscriptores por minuto de llamada originada y terminada en su red, es menor que la tarifa que cobra a los Denunciantes por el servicio de Terminación, para el periodo comprendido entre enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez.

De las estimaciones resultantes de aplicar la segunda metodología se observa la misma relación para los años dos mil siete a dos mil nueve. Dado que no se tienen datos para estimar la tarifa promedio implícita para dos mil diez, esta segunda metodología no es útil para concluir respecto de este periodo, aunque la primera y tercera metodologías sí lo permiten.

Así, el OPR emplea las tres metodologías que, en conjunto, sirven para concluir que Telcel se auto imputó tarifas de Terminación para los años dos mil siete a dos mil diez menores a las que cobró a los Denunciantes.

2.3. Los Denunciantes compiten con Telmex y Telnor, empresas pertenecientes al GETTT

De la información que obra en el Expediente relativa al Escrito de Denuncia, así como diversos desahogos a requerimientos de información presentados por los Denunciantes,⁷⁶ el OPR identifica que los Denunciantes participan en el mercado relacionado del servicio de telefonía fija.

Ahora bien, de conformidad con señalado en el Reporte Anual de dos mil ocho de América Móvil y en el Reporte Anual dos mil nueve de Telmex,⁷⁷ se desprende que Telcel es una empresa que pertenece al mismo GIE que Telnor y Telmex; y tienen intereses financieros y comerciales afines y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común.⁷⁸

Así, toda vez que Telmex y Telnor prestan, entre otros servicios, el de telefonía fija en cuya provisión compiten con los Denunciantes; y que Telcel, Telmex y Telnor forman parte del mismo GIE, el OPR concluye que el GIE al que pertenece Telcel es un agente económico competidor de los Denunciantes en el mercado relacionado que corresponde a la provisión de telefonía fija a usuarios

⁷⁶ Folios 1 a 3215, 3267 a 18006 y 18901 a 20478 del Expediente.

⁷⁷ Folios 3045, 3037, 3039 del Expediente.

⁷⁸ Folios 52520, 52523 y 52528 del Expediente.

finales, para el cual el servicio de Terminación en la RPT de Telcel constituye un insumo que no cuenta con sustitutos.

3. Mercado Relevante

El OPR define el Mercado Relevante en términos del artículo 12 de la LFCE, para lo cual analiza: **i)** las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate; **ii)** los costos de distribución, de sus insumos, de sus complementos y sustitutos desde otras regiones, contando costos de transporte, seguros y aranceles; así como el tiempo para abastecer al mercado desde otras regiones; **iii)** los costos y probabilidades de los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y **iv)** las restricciones normativas para que los usuarios o consumidores accedan a fuentes de abasto alternativas. En virtud de lo anterior, se procede a realizar el análisis de los elementos previstos en la normatividad aplicable para determinar el Mercado Relevante.

i) Sustitución del bien o servicio de que se trate

El OPR concluye que los servicios de Terminación en las diferentes RPT del servicio móvil son distinguibles y distintos entre sí, por lo que los concesionarios de RPT demandantes no cuentan con sustitutos para el servicio de Terminación en la RPT de Telcel. Lo anterior tomando en consideración la información contenida en desahogos de Telcel a requerimientos de información,⁷⁹ lo dispuesto en las RSL y los siguientes elementos:

1. El servicio de Terminación se trata de un servicio intermedio y constituye un insumo para completar las llamadas que se originan en las distintas RPT, con origen local o de larga distancia.
2. La demanda de un concesionario de servicio de telefonía por los servicios de Terminación de otro concesionario se deriva de la demanda de sus suscriptores por los servicios de telefonía local o de larga distancia con destino en los suscriptores de ese concesionario específico.
3. No existen fuentes alternativas del servicio de Terminación que provee cada concesionario del servicio local. Por las características técnicas de las RPT únicamente el concesionario del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión para poder terminar la llamada.
4. Sólo el concesionario operador de la red en cuestión puede prestar el servicio relevante en los suscriptores de ésta.
5. Es decir, para terminar una llamada en un suscriptor de la red de Telcel, sólo es posible hacerlo mediante el servicio de Terminación de Telcel porque el servicio de Terminación de telefonía o el de cualquier otro concesionario de servicio móvil no tiene los medios de transmisión y conmutación para terminar las llamadas en un abonado de la red de Telcel. Es en esa medida que el servicio de Terminación de Telcel no tiene sustitutos.

ii) Los costos de distribución

De conformidad con las RSL, el servicio de Terminación que se presta en cada RPT no tiene fuentes alternativas de sustitución, ya que por sus características técnicas, únicamente el concesionario de

⁷⁹ Folios 48003 y 48009 del Expediente.

servicio local, fijo o móvil del usuario de destino, dispone de los medios de conmutación y transmisión para prestar ese servicio.

Es decir, el servicio relevante de Terminación no puede ser proporcionado desde otras regiones o desde el extranjero. En atención a lo anterior, el servicio relevante únicamente puede ser ofrecido en la extensión geográfica cubierta por la red del concesionario que preste el servicio.

iii) Los costos y probabilidades de los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados

En atención a lo dispuesto por las RSL, la demanda del servicio de Terminación en la RPT de Telcel no es determinada de manera directa por el concesionario de la red en donde se origina el tráfico, pues es su suscriptor quien determina el destino de ésta al marcar un número de un usuario suscriptor de una red diversa.

En atención a lo anterior, la dimensión geográfica del servicio relevante corresponde a la extensión geográfica cubierta por las redes del concesionario del servicio local del cual se demande el servicio de Terminación.

iv) Restricciones normativas

En términos de la normatividad del sector, para que un agente económico pueda operar una RPT es necesario que cuente con una concesión para poder instalarla y operarla. Sin embargo, quien llegue a hacerse con nuevas concesiones de servicio fijo o móvil requerirá invariablemente del servicio de Terminación en la RPT de Telcel cuando uno de sus suscriptores marque al número de un usuario final de Telcel. Por lo anterior, aun en caso de que existan más concesiones para servicio fijo o móvil, ello no se traducirá en una fuente de acceso alternativa al servicio de Terminación de Telcel, en virtud de que la RPT de éste es la única que cuenta con los medios de transmisión y conmutación para terminar una llamada dirigida a los usuarios de su red.

Definición del Mercado Relevante en el OPR

De los elementos referidos con anterioridad, el OPR concluye que en el caso de mérito, el Mercado Relevante corresponde al Servicio de Terminación en la RPT de Telcel; y la dimensión geográfica corresponde al ámbito geográfico de su RPT.

4. Poder sustancial en el Mercado Relevante

El OPR analiza la probable existencia de poder sustancial en el Mercado Relevante tomando en consideración los elementos previstos en el artículo 13 de la LFCE: **i)** su participación en el Mercado Relevante y su capacidad para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el Mercado Relevante sin que sus competidores puedan actual o potencialmente contrarrestar dicho poder; **ii)** la existencia de barreras a la entrada y otros elementos que puedan alterar tanto a dichas barreras como la oferta de otros competidores; **iii)** la existencia y poder de los competidores; **iv)** las posibilidades de acceso a fuentes de insumos; **v)** el comportamiento reciente de los agentes económicos que participan en el Mercado Relevante; y **vi)** los criterios que se establezcan en el RLFCE.

Las conclusiones del OPR en este rubro, se presentan a continuación.

i) Participación de Telcel en el Mercado Relevante

Como se analizó y concluyó en el apartado “3. Mercado Relevante” de esta resolución, éste consiste en el servicio de Terminación prestado por Telcel en el ámbito geográfico cubierto por su RPT del servicio de telefonía móvil a los distintos concesionarios de RPT.

En este sentido, Telcel es el único agente que puede ofrecer el servicio en cuestión, pues la red móvil de dicho agente dispone de los medios de conmutación y transmisión a través de los cuales es posible terminar una llamada en los números de sus usuarios. Por tal motivo, Telcel cuenta con una participación del cien por ciento (100%) en el Mercado Relevante, en términos de cantidad de minutos que terminan en su red y que provienen de otras RPT y del valor de las ventas por concepto de terminación de las llamadas de otras redes hacia los suscriptores de Telcel.

Capacidad para restringir el abasto

El OPR concluye que Telcel tiene la capacidad y los incentivos para negar o restringir los servicios de Interconexión y por lo tanto el servicio de Terminación, es decir, el servicio que forma parte del Mercado Relevante.

En el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados, los artículos 41 y 42 de la LFT obligaban a la interconexión e interoperabilidad de las RPT. No obstante lo anterior, los concesionarios de RPT podían hacer valer elementos de tipo técnico legal o económico para obstaculizar la efectividad de estas obligaciones.

Capacidad para fijar precios

En este rubro, el OPR reconoce que a pesar de la carga regulatoria a que se sujeta la actividad de Telcel, éste puede dificultar u obstaculizar la aplicación de la regulación antes descrita a través de argumentos técnicos, legales o administrativos. Lo anterior se aprecia en la cantidad de procedimientos tramitados ante la Cofetel para la determinación de tarifas y condiciones no convenidas entre Telcel y otros concesionarios de RPT es significativa e indicativa de la capacidad de fijar precios.

De conformidad con la información presentada por la Cofetel,⁸⁰ relativa a procedimientos tramitados ante dicha autoridad respecto de condiciones y tarifas no convenidas entre Telcel y diversos concesionarios de RPT, por lo menos once procedimientos involucran desacuerdos en las tarifas de interconexión con Telcel. Lo anterior, como se advierte del siguiente cuadro.

⁸⁰ Folios 20592 a 20594 del Expediente

CONCESIONARIO DE RPT	FECHA DE SOLICITUD	RESOLUCIÓN
AVANTEL, S. DE R.L. DE C.V. Y ALESTRA, S. DE R.L. DE C.V.	9.03.2005 Y 15.03.2005.	P/EXT/310806/63
AXTEL, S.A.B. DE C.V.	13.04.2005	P/090108/14
AVANTEL, S. DE R.L. DE C.V.	30.04.2008	P/EXT/020409/33
ALESTRA, S. DE R.L. DE C.V.	1.10.2010	P/160311/68
OPERADORA DE COMUNICACIONES, S.A. DE C.V.	30 .09.2010.	P/EXT/020511/43
BESTPHONE, S.A. DE C.V., CABLEVISIÓN S.A. DE C.V. Y OPERBES, S.A. DE C.V.	17.09.2010	P/EXT/020511/44
MAXCOM TELECOMUNICACIONES, S.A. DE C.V.	22.12.2010	P/010511/163
MEGA CABLE, S.A. DE C.V.	7.01.2011	P/060711/260
CABLEMÁS TELECOMUNICACIONES, S.A. DE C.V.	15.02.2011	P/060711/258
MARCATEL COM, S.A. DE C.V.	23.02.2011	P/EXT/040811/66
MEGACABLE COMUNICACIONES DE MÉXICO, S.A. DE C.V.	13.05.2011	---

De la información presentada en el cuadro anterior se desprende que Telcel tiene la capacidad de establecer en forma unilateral las condiciones para la aplicación de tarifas a los concesionarios solicitantes de servicios en su RPT. El cúmulo de procedimientos tramitados ante la Cofetel refleja el poder de negociación que le permite fijar tarifas en términos ventajosos, poder que proviene de la participación de mercado que tiene en la prestación de servicios de telefonía móvil a usuarios finales.

Telcel cuenta con la mayor red en términos del número de suscriptores y de los volúmenes de tráfico, lo cual hace que la demanda por del servicio de Terminación en su RPT sea más alto. Así en la formación simultánea de tarifas el beneficio de terminar en la red de Telcel no es proporcional al beneficio de terminar llamadas en otras RPT, lo que refuerza la conclusión consistente en el poder de negociación de Telcel.

Por lo anterior, el OPR concluye que Telcel tiene poder de negociación y la capacidad de establecer de manera unilateral las condiciones para la contratación de servicios de interconexión, como es el caso del servicio de Terminación en su RPT.

ii) Existencia de barreras a la entrada en el Mercado Relevante

De conformidad con la fracción II del artículo 13 de la LFCE, para determinar si un agente económico cuenta con poder sustancial en determinado mercado, puede analizarse si en éste existen barreras a la entrada y si hay elementos que previsiblemente puedan alterar dichas barreras, así como la oferta de otros competidores.

Ahora bien, con relación al precepto citado, las fracciones I a VII del artículo 13 del RLFCE, establecen los elementos que pueden considerarse como barreras a la entrada. Sin embargo, el OPR estimó innecesario entrar a un análisis específico de cada una de dichas fracciones en virtud de que las características técnicas del servicio de Terminación en la RPT de Telcel, hacen imposible su prestación por cualquier otro agente económico distinto a Telcel.

Por lo anterior, el OPR concluye que existen barreras económicas y normativas inquebrantables para entrar a competir en el Mercado Relevante, por lo que Telcel no tiene competidores actuales ni potenciales en el Mercado Relevante.

iii) Existencia y poder de sus competidores

Telcel no tiene competidores actuales ni potenciales en el Mercado Relevante, toda vez que otros concesionarios de RPT están imposibilitados para terminar las llamadas originadas por sus propios usuarios en los números de los usuarios suscritos a la red de Telcel.

iv) Posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos

El OPR concluye que únicamente Telcel tiene acceso a los insumos para la Terminación en su RPT. Así, tiene una participación del cien por ciento en el Mercado Relevante y es el único que cuenta con los medios de transmisión y conmutación para terminar las llamadas, por lo que existen condiciones técnicas que imposibilitan a otros concesionarios terminar las llamadas originadas por sus propios usuarios en los números de los usuarios pertenecientes a la red de Telcel.

v) Comportamiento reciente del agente económico

El OPR concluye que no se tienen registros de que Telcel haya sido sancionado por la realización de prácticas monopólicas relativas en el Mercado Relevante.

Derivado del análisis de los elementos previstos en el artículo 13 de la LFCE, el OPR concluye que Telcel es un agente económico con poder sustancial en el Mercado Relevante.

5. Objeto o efecto de la conducta

De conformidad con lo dispuesto en el proemio del artículo 10 de la LFCE, para determinar la existencia de una práctica monopólica relativa es necesario acreditar que el objeto y/o efecto de ésta sea o pueda ser:

- i)** Desplazar indebidamente a sus competidores del mercado;
- ii)** Impedirles sustancialmente el acceso al mercado; y/o
- iii)** Establecer ventajas en favor de una o varias personas.

En este sentido, el OPR concluye de manera presuntiva que los hechos consistentes en que Telcel se haya auto imputado una tarifa de Terminación menor a la que cobraba a otros concesionarios de RPT que prestan servicios a usuarios finales, durante el periodo comprendido entre enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez, tuvo como objeto y/o efecto desplazar a los agentes económicos que participan en el mercado relacionado del servicio de telefonía fija, por lo que se actualiza lo dispuesto en el proemio del artículo 10 de la LFCE.

A partir de la investigación sobre los hechos denunciados, el OPR concluye que: (i) Telcel hace uso del servicio de Terminación en su RPT en condiciones que son más favorables a las que oferta el

mismo servicio a otros concesionarios de RPT que lo demandan como un insumo para proveer servicio de telefonía fija a usuarios finales; (ii) estos actos fueron realizados en el periodo comprendido de enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez; (iii) esos actos tuvieron el objeto y efecto de aumentar los costos de los concesionarios de RPT que demandaron el servicio de Terminación en la RPT de Telcel y, por ende, redujeron su demanda de servicios de telefonía fija a usuarios finales; (iv) que Telcel tiene poder sustancial en el Mercado Relevante que corresponde a la provisión del servicio de Terminación en su RPT, el cual es demandado por terceros concesionarios de RPT como insumo para proveer el servicio de telefonía fija a usuarios finales; (v) que los elementos anteriores constituyeron la práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE; y (v) esa conducta generó afectaciones al proceso de competencia consistentes en desplazar a terceros concesionarios de RPT, incluyendo a los Denunciantes, del mercado relacionado que corresponde a la prestación del servicio de telefonía fija a usuarios finales.

SÉPTIMO. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el escrito de contestación al OPR presentado por las partes, éstas plantearon y manifestaron diversos argumentos, mismos que no se transcriben textualmente, sin que ello implique que no se estudien en su totalidad,⁸¹ ya que éstos se han agrupado temáticamente con el objeto de exponer de mejor manera la línea de argumentación. Lo anterior es apegado a derecho, de conformidad con diversos criterios del PJF que exponen que al realizar el estudio de los argumentos no es obligatorio analizarlos en la forma o estructura en que se presenten, pues lo importante es que se examinen todos los puntos controvertidos.⁸²

Asimismo, con el fin de evitar repeticiones, a continuación se citan las tesis aplicables por analogía a cada una de las consideraciones expresadas con motivo de las manifestaciones o argumentos de

⁸¹ Sirven de apoyo por analogía a lo anterior, las tesis aisladas y de jurisprudencia siguientes: tesis aislada, con número de registro: 214,290. En materia Civil, emitida en la Octava Época, por el Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, visible en el SJF tomo: XII, noviembre de 1993, página: 288, bajo el rubro y texto **“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.** *El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma.”*; tesis aislada con número de registro: 214,290, en materia Civil, emitida en la Octava Época, por el Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, visible en el SJF Tomo: XII, Noviembre de 1993, página: 288, bajo el rubro y texto **“AGRAVIOS. LA FALTA DE TRANSCRIPCIÓN DE LOS MISMOS EN LA SENTENCIA, NO CONSTITUYE VIOLACIÓN DE GARANTÍAS.** *El hecho de que la sala responsable no haya transcrito los agravios que el quejoso hizo valer en apelación, ello no implica en manera alguna que tal circunstancia sea violatoria de garantías, ya que no existe disposición alguna en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que obligue a la sala a transcribir o sintetizar los agravios expuestos por la parte apelante, y el artículo 81 de éste solamente exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas, contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas en el juicio, condenando o absolviendo al demandado, así como decidiendo todos los puntos litigiosos sujetos a debate”*.

⁸² Sirven de apoyo, por analogía, las tesis de jurisprudencia que a continuación se citan: registro: 241,958. Jurisprudencia en materia: Civil, dictada en la Séptima Época, por la Tercera Sala. Visible en el SJF en el Tomo: 48, Cuarta Parte. Página: 15. Bajo el rubro y texto siguientes: **“AGRAVIOS, EXAMEN DE LOS.** *Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos puede causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en diversos grupos. Ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etcétera; lo que importa es el dato sustancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija”*.

la emplazada que sean declaradas inoperantes. Una manifestación o argumento es **inoperante** cuando se actualiza algún impedimento técnico que imposibilita el examen del planteamiento efectuado.⁸³ Respecto de ellos deberán entenderse aplicables por analogía, según correspondan, los siguientes criterios del PJF:

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
Manifestaciones genéricas o gratuitas	<p>“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. Si no se está en el caso de suplir la deficiencia de los agravios en términos del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo, no basta que el recurrente exprese sus agravios en forma genérica y abstracta, es decir, que se concrete a hacer simples aseveraciones para que el Tribunal Colegiado emprenda el examen de la legalidad de la Resolución recurrida del Juez de Distrito a la luz de tales manifestaciones, sino que se requiere que el inconforme en tales argumentos exponga de manera razonada los motivos concretos en los cuales sustenta sus propias alegaciones, esto es, en los que explique el porqué de sus aseveraciones, pues de lo contrario los agravios resultarán inoperantes.”⁸⁴</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE de la CFC LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el</p>

⁸³ Sirve de apoyo la Jurisprudencia con número de registro 166031, emitida en la Novena Época, por la Segunda Sala. Contradicción de tesis 27/2008-PL, SJF y su Gaceta, tomo XXX, Noviembre de 2009. Página 424. Con el rubro: **“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS EN LOS QUE SE PRODUCE UN IMPEDIMENTO TÉCNICO QUE IMPOSIBILITA EL EXAMEN DEL PLANTEAMIENTO QUE CONTIENEN.** Conforme a los artículos 107, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción IV, 87, 88 y 91, fracciones I a IV, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión es un medio de defensa establecido con el fin de revisar la legalidad de la sentencia dictada en el juicio de amparo indirecto y el respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento, de ahí que es un instrumento técnico que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, cuya materia se circunscribe a la sentencia dictada en la audiencia constitucional, incluyendo las determinaciones contenidas en ésta y, en general, al examen del respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento del juicio, labor realizada por el órgano revisor a la luz de los agravios expuestos por el recurrente, con el objeto de atacar las consideraciones que sustentan la sentencia recurrida o para demostrar las circunstancias que revelan su ilegalidad. En ese tenor, la inoperancia de los agravios en la revisión se presenta ante la actualización de algún impedimento técnico que imposibilite el examen del planteamiento efectuado que puede derivar de la falta de afectación directa al promovente de la parte considerativa que controvierte; de la omisión de la expresión de agravios referidos a la cuestión debatida; de su formulación material incorrecta, por incumplir las condiciones atinentes a su contenido, que puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la sentencia; b) al introducir pruebas o argumentos novedosos a la litis del juicio de amparo; y, c) en caso de reclamar infracción a las normas fundamentales del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al recurrente o su relevancia en el dictado de la sentencia; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida al órgano revisor el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza de la revisión y del órgano que emitió la sentencia o la existencia de jurisprudencia que resuelve el fondo del asunto planteado”

⁸⁴ Tesis número I.11o.C.15 K dictada en la Novena Época, Instancia: Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo: XVIII, Agosto de 2003, Página: 1671.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
	<p>Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello <u>de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente por qué (sic) estiman</u> inconstitucionales o <u>ilegales los actos que reclaman</u> o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por este Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse.”⁸⁵</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES. Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, <u>cuando lo expuesto por</u> la parte quejosa o <u>el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible</u>, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, <u>en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación</u>. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos non sequitur para obtener una declaratoria de invalidez.”⁸⁶</p>
Combatir parcialmente el OPR	“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES, CUANDO NO ATACAN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA. Los conceptos de

⁸⁵ Jurisprudencia por reiteración 1a./J. 81/2002, con número de registro 185,425, emitida en la novena época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el SJF y su Gaceta, tomo XVI, Diciembre de 2002, a página 61.

⁸⁶ Jurisprudencia I.4o.A. J/48, con número de Registro: 173593, dictada en la Novena Época. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta, tomo XXV, Enero de 2007. Materia Común. Página: 2121.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
	<p>violación resultan inoperantes si los argumentos que aduce la quejosa <u>no atacan las consideraciones de la sentencia impugnada.</u>⁸⁷</p> <p>“CONCEPTO DE VIOLACIÓN DIRIGIDO CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE UN AGRAVIO. RESULTA INOPERANTE POR INSUFICIENTE SI NO ATACA TODAS LAS CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN ESA DETERMINACIÓN. <u>Si la autoridad responsable se basó en varias consideraciones</u> para desestimar un específico agravio que, por sí solas, cada una por separado sustentan el sentido de esa determinación, <u>y el concepto de violación</u> formulado sobre ese particular <u>sólo controvierte una o algunas de esas consideraciones, sin desvirtuarlas todas, entonces se torna inoperante por insuficiente,</u> pues aun fundado lo aducido no produciría beneficio conceder la protección constitucional por ese solo motivo, ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo esa desestimación.”⁸⁸</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE de la CFC APOYA EL FALLO RECLAMADO. <u>Si en los conceptos de violación no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia reclamada, aquéllos se consideran inoperantes,</u> ya que aun cuando alguno fuera fundado, no sería suficiente para conceder el amparo solicitado, puesto que existen otras consideraciones de la sentencia que no se impugnaron y que este Tribunal Colegiado no puede estudiar, por ser el amparo en materia administrativa de estricto derecho; conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que lo expresado en ellos carece de trascendencia jurídica, al subsistir la sentencia reclamada con base en los intocados razonamientos en que se apoya.”⁸⁹</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACION INOPERANTES. Los conceptos de violación deben consistir en razonamientos de carácter lógico jurídico, tendientes a poner de manifiesto que las consideraciones que rigen la sentencia reclamada, son contrarias a la ley o a su interpretación jurídica, por lo que <u>los afectados tienen el deber de combatir la totalidad de los argumentos en que la responsable se apoyó para fallar</u> en determinado sentido.”⁹⁰</p>

⁸⁷ Jurisprudencia I.6o.C. J/15, con número de registro: 191572. Novena Época. Materia(s): Común. Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: XII, Julio de 2000. Página: 621.

⁸⁸ Tesis Aislada XVII.1o.C.T.38 K, con número de Registro 171512. Novena Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta, tomo XXVI, Septiembre de 2007. Página: 2501. Tesis: Materia(s): Común.

⁸⁹ Tesis aislada II.A.62 A., con número de registro: 194,031, dictada en la Novena Época. Materia Administrativa. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: IX, Mayo de 1999. Página: 1001.

⁹⁰ Tesis aislada II.2o.C.T.2 K., con número de registro 204,439, dictada en la Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Materia Común. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: II, Agosto de 1995. Tesis. Página: 483.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
No justifican la transgresión	<p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO. <u>Si en los conceptos de violación no se expresan los razonamientos lógicos y jurídicos que expliquen la afectación que le cause a la quejosa el pronunciamiento de la sentencia reclamada, los mismos resultan inoperantes</u>, toda vez que todo motivo de inconformidad, no por rigorismo o formalismo, sino por exigencia indispensable, debe contener los argumentos necesarios, tendientes a justificar las transgresiones que se aleguen, de tal manera que si carecen de aquéllos, no resultan idóneos para ser analizados por el tribunal federal correspondiente, en el juicio de amparo.”⁹¹</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CARGA PROCESAL MÍNIMA DEL QUEJOSO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 166, FRACCIÓN VI, DE LA LEY DE AMPARO). Los conceptos de violación deben consistir, en su mejor expresión, en la exposición de argumentos jurídicos dirigidos a demostrar la invalidez constitucional de los actos reclamados, total o parcialmente. Los elementos propios de estos argumentos deben ser, ordinariamente, los de cualquier razonamiento, esto es, la precisión de (sic) o las partes del acto reclamado contra las que se dirigen; las disposiciones o principios jurídicos que se estiman contravenidos, y los elementos suficientes para demostrar racionalmente la infracción alegada. Sin embargo, con el ánimo de optimizar el goce del derecho constitucional a la jurisdicción, conocido en otros países como la garantía de acceso efectivo a la justicia, los criterios de tribunales federales mexicanos se han orientado hacia una mayor flexibilidad respecto a los requisitos exigidos en los motivos de las impugnaciones, y con la inspiración en el viejo principio procesal relativo a que las partes exponen los hechos y el Juez aplica el derecho, <u>la exigencia ha quedado en que se precise la causa de pedir, aunada a la manifestación, sencilla y natural, de la afectación al ámbito personal, patrimonial, familiar, laboral, etcétera, sufrida por la peticionaria</u> de garantías, desde su punto de vista y mediante el uso de lenguaje directo y llano, con el propósito evidente de abandonar las exigencias técnicas extremas a las que se había llegado, que sólo los abogados con suficiente experiencia en cada materia jurídica podían satisfacer, con la consecuencia, no intencional pero real, de alejar cada vez más a la generalidad de la población de la posibilidad de obtener la protección de la justicia, a través de la apreciación e interpretación del derecho. No obstante, ni la legislación ni la jurisprudencia se han orientado absolutamente por los principios del sistema procesal inquisitorio, hacia una revisión oficiosa de los actos reclamados, respecto a su constitucionalidad y legalidad, sino que <u>prevalece una carga procesal mínima para el agraviado,</u></p>

⁹¹ Jurisprudencia I.6o.C. J/21, con número de registro 191,370, dictada en la Novena Época. Materia Común. Instancia: TCC. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: XII, Agosto de 2000. Página: 1051.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
	<p><u>consistente en precisar en la demanda la causa petendi de su solicitud de amparo y la afectación que estime lesiva en su perjuicio.</u> En consecuencia, cuando los peticionarios de la protección constitucional no colman siquiera esa mínima exigencia, lo alegado debe declararse inoperante.”⁹²</p> <p>“PRUEBAS. CASO DE INOPERANCIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACION EN QUE SE de la CFC RECLAMA SU FALTA DE ESTUDIO. Para la operancia de los conceptos de violación en que se reclama la falta de estudio de algunas de las pruebas rendidas, <u>es necesario, no sólo que la omisión exista, sino que la misma trascienda al sentido de la sentencia,</u> entrañando así una verdadera transgresión a las garantías constitucionales de la parte quejosa.”⁹³</p>
Ineficaz	<p>“CONCEPTOS DE VIOLACION FUNDADOS PERO INOPERANTES. Si del análisis que en el juicio de amparo se hace de un concepto de violación se concluye que es fundado, pero si por diversas razones que ven al fondo de la cuestión omitida, el mismo resulta ineficaz para resolver el asunto en favor de los intereses del quejoso, el concepto aun cuando es fundado debe declararse inoperante; consecuentemente, por economía procesal procede negar la protección constitucional en lugar de concederse para efectos, es decir, para que la responsable reparando la violación haga el estudio de lo omitido, lo cual a nada práctico conduciría, pues no obstante cumplir con ello, la misma autoridad o bien el tribunal colegiado respectivo en un amparo diverso promovido en su oportunidad, tendría que resolver el negocio en contra de los intereses del solicitante de garantías; por lo tanto, es innecesario esperar otra ocasión para resolverlo negativamente.”⁹⁴</p>
Combatir argumentos accesorios	<p>“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE COMBATEN ARGUMENTOS ACCESORIOS EXPRESADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA, MÁXIME CUANDO ÉSTOS SEAN INCOMPATIBLES CON LAS RAZONES QUE SUSTENTAN EL SENTIDO TORAL DEL FALLO. En términos del artículo 88 de la Ley de Amparo, la parte a quien perjudica una sentencia tiene la carga procesal de demostrar su ilegalidad a través de los agravios correspondientes, lo que se cumple cuando los argumentos expresados se encaminan a combatir todas las consideraciones en que se apoya la resolución impugnada. Ahora bien, <u>los agravios resultan inoperantes cuando tienen como finalidad controvertir argumentos expresados por el órgano de control constitucional en forma accesoria a las razones que sustentan el sentido del fallo,</u> sobre todo cuando sean incompatibles con el sentido toral de éste, porque aunque le asistiera la razón al quejoso al</p>

⁹² Jurisprudencia I.4o.C. J/27, con número de registro 171511, dictada en la Novena Época, por los TCC. Visible en el SJF, Tomo XXVI, Septiembre de 2007. Página 2362.

⁹³ Tesis asilada (común), con número de registro número 237383, dictada en la Séptima Época, por la Segunda Sala, fuente SJF, Localización: volumen 187-192 Tercera parte. Página 122.

⁹⁴ Jurisprudencia II.3o. J/17, con número de registro: 218729, dictada en la Octava Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Fuente: Gaceta del SJF. Localización: 56, Agosto de 1992. Materia: Común. Página. 45.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
	combatir la consideración secundaria expresada a mayor abundamiento, ello no tendría la fuerza suficiente para que se revocara el fallo combatido, dado que seguiría rigiendo la consideración principal, en el caso la inoperancia del concepto de violación.” ⁹⁵
Partir de premisas erróneas, incorrectas o falsas.	<p>“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON AQUELLOS QUE SE de la CFC SUSTENTAN EN PREMISAS INCORRECTAS. Los agravios son inoperantes cuando parten de una hipótesis que resulta incorrecta o falsa, y sustentan su argumento en ella, ya que en tal evento resulta inoficioso su examen por el tribunal revisor, pues aun de ser fundado el argumento, en un aspecto meramente jurídico sostenido con base en la premisa incorrecta, a ningún fin práctico se llegaría con su análisis y calificación, debido a que al partir aquél de una suposición que no resultó cierta, sería ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida; como en el caso en que se alegue que la Sala Fiscal determinó que la resolución administrativa era ilegal por encontrarse indebidamente motivada, para luego expresar argumentos encaminados a evidenciar que al tratarse de un vicio formal dentro del proceso de fiscalización se debió declarar la nulidad para efectos y no lisa y llana al tenor de los numerales que al respecto se citen, y del examen a las constancias de autos se aprecia que la responsable no declaró la nulidad de la resolución administrativa sustentándose en el vicio de formalidad mencionado (indebida motivación), sino con base en una cuestión de fondo, lo que ocasiona que resulte innecesario deliberar sobre la legalidad de la nulidad absoluta decretada, al sustentarse tal argumento de ilegalidad en una premisa que no resultó verdadera”.⁹⁶</p> <p>“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE de la CFC SUSTENTAN EN PREMISAS FALSAS. Los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin práctico conduciría su análisis y calificación, pues al partir de una suposición que no resultó verdadera, su conclusión resulta ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida.”⁹⁷</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE TIENEN COMO SUSTENTO UN POSTULADO NO VERÍDICO [APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 108/2012 (10a.)]. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia en cita, determinó que los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin práctico conduciría su estudio pues, al</p>

⁹⁵ Jurisprudencia 1a./J. 19/2009, con número de registro: 167801. Dictada en la Novena Época. Instancia: PRIMERA SALA. Fuente: SJF y su Gaceta. Localización: XXIX, Marzo de 2009. Materia: Común. Página 5.

⁹⁶ Tesis aislada, con número de registro 171511, dictada en la Novena Época, por los TCC, visible en el SJF, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Página 1769.

⁹⁷ Tesis de jurisprudencia 2a./J. 108/2012 con número de registro 2001825, dictada en la Décima Época, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el SJF y su Gaceta Libro XIII, Tomo 3, Octubre de 2012, Página: 1326.

Inoperantes por...	Criterios aplicables por analogía
	partir de una suposición no verdadera, su conclusión es ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida; principio que aplica a los conceptos de violación cuyo sustento es un postulado que resultó no verídico; de ahí que sea ocioso su análisis y, por ende, merecen el calificativo de inoperantes.” ⁹⁸
Basarse en interpretaciones parciales o aisladas del OPR.	<p>“SENTENCIAS, RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS. Una sentencia no es sino una relación lógica de antecedentes dados, para llegar a una conclusión que resuelve la controversia sometida al juzgador; por lo mismo, la sentencia la constituyen tanto la conclusión lógica de sus antecedentes, como las proposiciones que fijan el sentido de tal relación, y no puede sostenerse que cuando se aclara la congruencia de los elementos del razonamiento que el Juez hace, para llegar a una conclusión, se viole la sustancia del fallo, sólo porque en razón de dicha congruencia, sea necesario aclarar el sentido de la proposición, pues <u>no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como es la resolutive, sin la relación de los hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la resolución</u>”⁹⁹</p> <p>“SENTENCIAS. RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS. Los puntos resolutive de una sentencia son el resultado de las consideraciones jurídicas que los determinan y sirven para interpretarlos, de acuerdo con el principio de congruencia interna de las sentencias, de modo que <u>no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como lo es la resolutive, sin la relación de hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la determinación.</u>”¹⁰⁰</p>

Del mismo modo, en aquellos casos en los que la presente Resolución haga alusión a argumentos **infundados**, se debe tener en cuenta que un argumento es infundado cuando al actor no le asiste la razón porque no probó los hechos afirmados o es incorrecta su apreciación sobre los hechos, la aplicación, interpretación o integración de la norma y sus argumentos o sobre la aplicabilidad de un criterio jurisprudencial.¹⁰¹

OCTAVO. ANÁLISIS DE LAS MANIFESTACIONES Y ARGUMENTOS DE LA EMPLAZADA

1. CUESTIONES PREVIAS

1.1 Aclaración Previa y Reserva de Derechos¹⁰²

La contestación al OPR, no significa ni implica consentimiento de Telcel sobre la constitucionalidad, legalidad, validez o aplicabilidad de precepto alguno, ya que su único objeto es refutar las imputaciones de los Denunciantes y de la Autoridad Investigadora en el

⁹⁸ Tesis de jurisprudencia XVII.1o.C.T. J/5, con número de registro 2008226, dictada en la Décima Época, por los TCC, visible en la Gaceta del SJF, Libro 14, Tomo II, Enero de 2015, Página: 1605.

⁹⁹ Registro: 353,345. Tesis aislada, Materia (s): Común Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, SJF, LXX. Página: 3764.

¹⁰⁰ Registro: 240,090, Tesis aislada, Materia (s): Común, Séptima Época, Tercera Sala, SJF, 199-204 Cuarta Parte, Tesis: Página: 44.

¹⁰¹ Análisis de agravios y redacción de sentencia, Centro de Capacitación Judicial Electoral, disponible en:

http://www.teever.gob.mx/files/analisis_de_agravios_y_redaccion_de_sentencias.pdf

¹⁰² Folio 52578 del Expediente.

OPR que se contesta, para el efecto de que se cierre el Expediente que carece de materia y razón de ser, amén de que las acusaciones y presunciones alcanzadas son falsas, incorrectas e infundadas.

Esta contestación se formula, pues, *ad cautelam* y se hace, además, en ejercicio del derecho fundamental de defensa de Telcel, sin que por ello consienta las disposiciones jurídicas y/o reglamentarias aplicadas, que estima contrarias a la CPEUM y sin que por ello pierda el derecho de hacer valer tal inconstitucionalidad en el juicio de amparo que, en su caso y en su momento, tuviere que promover en contra de la resolución definitiva del procedimiento.

En esa virtud, Telcel se reserva el derecho de impugnar la resolución definitiva que en su caso se dicte y deja también a salvo sus derechos para impugnar la inconstitucionalidad de los preceptos que sirvieran de fundamento para ello.

Adicionalmente, Telcel se reserva el derecho de reclamar e impugnar en el momento procesal oportuno los actos intraprocesales que constituyan violaciones procesales en su contra y de los preceptos o disposiciones que al emitirlos se apliquen en su perjuicio, que no obstante podrán ser revocados o inaplicados por el Pleno del Instituto al dictar resolución.

Las manifestaciones de Telcel devienen **inoperantes** por **genéricas** toda vez que la emplazada no formula argumentos lógico-jurídicos para sustentar el por qué esta Autoridad tendría que decretar el cierre del Expediente y se limita a señalar que las acusaciones contenidas en el OPR son falsas, incorrectas e infundadas, por lo cual, en tales manifestaciones no se controvierten las consideraciones del OPR.

Asimismo, Telcel realiza una reserva de derechos que en su momento pudiera promover en contra del procedimiento seguido en forma de juicio de mérito. Dichas manifestaciones resultan **gratuitas**, ya que las acciones que llegue a ejercer la emplazada posterior a la emisión de la presente resolución, serán analizadas en cuanto a su procedencia y alcance por la autoridad correspondiente.

1.2 Cuestión de previo y especial pronunciamiento¹⁰³

Como cuestión de previo y especial pronunciamiento, las autoridades del IFT que instruyan el procedimiento y aquella que habrá de emitir resolución en él, deben resolver que en términos de lo dispuesto por los artículos 1º, 14, 16, 17 y 23 de la CPEUM, 1º, 2, 34 bis y relativos de la LFCE, 31 fracción III y relativos del RLFCE, así como 366 y 367 del CFPC, debe suspenderse el dictado de la resolución definitiva en este procedimiento hasta que se resuelvan por decisión terminal procedimientos previamente iniciados que guardan íntima relación con la materia del presente.

En efecto, resulta que no es jurídicamente posible que se pronuncie válidamente la decisión sobre la determinación de la supuesta comisión de la práctica monopólica relativa descrita en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE en relación con los hechos, años y tarifas que se dicen materia del Expediente, sino hasta que se emita la decisión terminal y firme en procedimientos previos que guardan una íntima relación con el que nos ocupa, los cuales se encuentran sub judice a la fecha y, además, son del conocimiento del Instituto.

¹⁰³ Folio 52580 del Expediente.

El artículo 366 del CFPC establece que “el proceso se suspenderá cuando no pueda pronunciarse la decisión, sino hasta que se pronuncie una resolución en otro negocio, y en cualquier otro caso especial determinado por la ley”.

Si bien es cierto que el Decreto establece que al hacer valer algún medio de impugnación no procede obtener la suspensión en amparo respecto de ciertas resoluciones definitivas que emita el Instituto, también lo es que en el presente escrito no se promueve recurso o juicio de amparo alguno y que no se pide la suspensión de los efectos de resolución definitiva alguna, sino que se señala que en términos de ley y a partir de lo que expresamente manifiesta la Autoridad Investigadora en el OPR y de las manifestaciones hechas valer por los Denunciantes en los meses de junio y julio último, por el momento no es jurídicamente posible pronunciar la decisión definitiva en el Expediente respecto de Telcel, en virtud de que no se ha resuelto en definitiva sobre el pretendido cumplimiento de la Ejecutoria.

En efecto, la Autoridad Investigadora afirma que el OPR se emitió en supuesto estricto y cabal cumplimiento de la Ejecutoria que concedió un amparo a los Denunciantes. Así se indica desde la primera cuartilla del OPR y se reitera en lo sucesivo. Esto es, el propio titular de la Autoridad Investigadora es quien ha vinculado y ha hecho depender la existencia y la materia del OPR y de este asunto con la del cumplimiento de la Ejecutoria.

Además, en el OPR -que fue exhibido por la Autoridad Investigadora ante la juez federal en pretendido cumplimiento de la Ejecutoria-, se menciona lo siguiente:

“[...]

I. Antecedentes

[...]

Décimo Quinto.- El primero de junio y el trece de julio de dos mil quince, los Denunciantes presentaron escritos mediante los cuales hicieron diversas manifestaciones relacionadas con la práctica denunciada, así como con respecto a su interpretación de la manera en que esta Autoridad Investigadora debería dar cumplimiento a la [Ejecutoria]. A dichos escritos recayeron los acuerdos de dos de junio y catorce de julio de dos mil quince, respectivamente, emitidos por el Titular de la Autoridad Investigadora, mediante los cuales se tuvieron por presentados los escritos y por vertidas las manifestaciones realizadas.

Con respecto a las manifestaciones vertidas por los Denunciantes en los escritos referidos, se tienen por vertidas las mismas para los efectos legales a que haya lugar, las cuales no podrán formar parte de las imputaciones presuntivas del presente OPR al haber sido formuladas con posterioridad a la conclusión de la investigación.

[...]” [Énfasis añadido].

Aunque no fueron acompañados en traslado cuando Telcel fue emplazada a este procedimiento, menos aún exhibidos ante el Juzgado Primero, lo cierto es que Telcel ha tenido conocimiento del contenido de los escritos presentados por los Denunciantes los días primero de junio y trece de julio del año en curso.

De tales escritos se desprenden cuestiones y afirmaciones relevantes para la ejecución de la Ejecutoria y que la vinculan a la materia del procedimiento que aquí nos ocupa, pues entre las inexactas apreciaciones de los Denunciantes, hay señalamientos y apreciaciones de cuestiones de hecho que, aunque no coincidan con la realidad, afectan la validez y eficacia de los actos emitidos en pretendida ejecución de la Ejecutoria y que vinculan ambos procedimientos.

En efecto, como se desprende de su texto y con independencia de acciones que a partir de su contenido pudieran surgir, lo cierto es que en el escrito presentado el trece de julio último, los Denunciantes piden en el Expediente, que la Autoridad Investigadora aprecie, conceda y reconozca ciertos efectos al acto que había reclamado consistente en la Resolución (no obstante haber quedado insubsistente por efecto del fallo de amparo), particularmente en la parte en que “la CFC determinó además que entre la Denuncia Axtel y la Denuncia que ahora nos ocupa existe una identidad entre: (i) los hechos objeto de las conductas denunciadas ...; (ii) el servicio relevante involucrado en las conductas denunciadas ...; (iii) el Agente Económico al que se le imputa directamente la conducta demandada (sic) ...; y (iv) la temporalidad de la conducta denunciada ...”.

Posteriormente, los Denunciantes citaron un fragmento de la Resolución (que el Pleno del IFT ya había dejado insubsistente), con el objeto de que se le concediera efecto reflejante en el aludido OPR.

En contradicción con lo sostenido en la Ejecutoria e inclusive con lo afirmado en su demanda de garantías, los Denunciantes solicitaron a la Autoridad Investigadora que diera efecto a una resolución y a ciertos actos emitidos en el expediente del que deriva el otro acto reclamado consistente en la Resolución RA-007-2011, no obstante que al sobreseerse al respecto se concedió el amparo a los Denunciantes en otra parte, precisamente para el efecto de que tal determinación y expediente, ajeno a ellas, no fuera parte de la motivación de los actos que recayeran o siguieran a su denuncia en el procedimiento natural.

Los Denunciantes han sostenido en el Expediente que la Resolución DE-37-2006 y acumulados que motivó y fue impugnada por Telcel en el expediente RA-007-2011, es sentencia firme con fuerza de cosa juzgada e inclusive piden que se le dé y reconozca efectos en relación con su denuncia. Desde luego, llama la atención que así lo hicieran, pues con ello han consentido que las actuaciones del expediente RA-007-2011 y del expediente DE-37-2006 y acumulados que le antecede tengan efectos reflejantes en el Expediente, y, el único efecto de cosa juzgada que pueden tener en relación con el presente, es que el proceso de libre competencia y concurrencia ha sido prevenido, protegido y restaurado en relación con los hechos que denuncian.

Como sea, con independencia de que la CFC revocó para todos efectos y dejó insubsistente la Resolución DE-37-2006 y acumulados al emitir la Resolución RA-007-2011 - lo cual permanece intocado al ser sobreseído el amparo solicitado por los Denunciantes a ese respecto también por decisión de la SCJN, lo cierto es que en lo que a esta cuestión de previo y especial pronunciamiento se refiere, es claro que los Denunciantes han vinculado y sometido como dependiente la materia del Expediente a la ejecución de la Ejecutoria.

Además, los Denunciantes han solicitado a la Autoridad Investigadora que diera efectos en relación con su denuncia a una resolución que, fue emitida en un asunto y expediente sobre el

cual la Segunda Sala ordenó que no se concediera efectos ni se utilizara como motivación al cumplir la Ejecutoria al dar cauce a la denuncia de los Denunciantes.

Los Denunciantes han pedido a la Autoridad Investigadora como responsable sustituta que falte al sentido de la Ejecutoria, lo que es relevante y debe ser considerado tanto al resolverse sobre la ejecución de la Ejecutoria, así como al atender la materia del Expediente en el IFT.

Todas las contradicciones e inexactitudes manifestadas por los Denunciantes trascendieron al OPR y que se emitió en pretendido cumplimiento de Ejecutoria, lo que también se hace evidente al contrastar su contenido con el escrito de trece de julio de los Denunciantes, con el oficio de probable responsabilidad del expediente DE-37-2006 y acumulados, así como con la revocada e insubsistente Resolución DE-37-2006 y acumulados, todo lo cual consta en el presente.

Lo anterior hace evidente que entre la materia del Expediente, según es definida en la denuncia y en el OPR, y la materia del cumplimiento de la Ejecutoria, existe una vinculación íntima y evidente, de manera que lo que [Sic] lo que se resuelva finalmente en el juicio de amparo afecta -por necesidad y según lo dicho en el OPR- la posible materia, existencia y resolución del Expediente, así como la validez del OPR en sí mismo.

Se destaca que por auto de veintiuno de agosto de dos mil quince, dictado en el juicio de amparo indirecto 8/2013 el Juzgado Primero dio vista a las partes en relación con el pretendido cumplimiento a la Ejecutoria dado por el IFT, incluida la Autoridad Investigadora mediante el OPR.

Por escrito de tres de septiembre de dos mil quince, Telcel desahogó la vista aludida y manifestó que existe tanto exceso como defecto en el intento de cumplimiento de la Ejecutoria por parte del Instituto, concretamente por la emisión del OPR.

No obstante, por auto de ocho de septiembre de dos mil quince, el Juzgado Primero declaró cumplida la Ejecutoria.

Sin embargo, en términos del artículo 201 fracción I de la Ley de Amparo, en contra de la resolución que tenga por cumplida la ejecutoria de amparo procede el recurso de inconformidad. En ese sentido, en términos de los artículos 193, 196, 197 y 198 de la Ley de Amparo, en caso de que se estime que la ejecutoria de amparo no ha sido cumplida (inclusive porque exista exceso o defecto en el cumplimiento de amparo), tanto el juez de Distrito, como en su caso los TCC o la SCJN, podrán requerir a las autoridades responsables y a sus superiores jerárquicos el debido cumplimiento de la sentencia de amparo. Así, en caso de que prospere una inconformidad, los tribunales de amparo podrán requerir a la autoridad responsable para el debido cumplimiento de la ejecutoria que subsane el exceso o defecto en su intento de cumplimiento, lo que desde luego implicaría la modificación y, en su caso, revocación de los actos que hubieren sido emitidos de forma incorrecta.

Telcel hará valer el recurso de inconformidad aludido contra la determinación de cumplimiento de la Ejecutoria (para lo cual a la fecha se encuentra corriendo el plazo de ley), habida cuenta el exceso y el defecto en el cumplimiento de la Ejecutoria que ha sido denunciado por Telcel. Así, lo cierto es que como pretendido cumplimiento del fallo protector el OPR emitido por la Autoridad Investigadora no es un acto firme y se encuentra sub judice, hasta en tanto sea resuelto el recurso de inconformidad que habrá de interponerse.

Por ello, toda vez que el OPR podría ser modificado e incluso quedar insubsistente en caso de que se declare que la Ejecutoria no ha sido debidamente cumplida por exceso o defecto, es claro que no puede pronunciarse la decisión del presente procedimiento sino hasta que se resuelva en definitiva sobre el cumplimiento de Ejecutoria.

Por todo ello, debe decretarse la suspensión del procedimiento que nos ocupa para que la autoridad se abstenga de dictar la resolución en el Expediente hasta en tanto se resuelva de forma terminal si es que la Ejecutoria ha quedado debidamente cumplida, sin excesos ni defectos.

Las manifestaciones de Telcel en el sentido de que el procedimiento seguido en forma de juicio y/o el dictado de su resolución deben suspenderse hasta en tanto el PJF resuelva sobre el cumplimiento dado a la Ejecutoria, se califican como **inoperantes** por partir de una premisa falsa.

La calificativa señalada obedece a que, en sesión de veintiséis de noviembre de dos mil quince, el Segundo Tribunal resolvió el recurso de inconformidad 5/2015, el cual había sido interpuesto por Telcel en contra del auto emitido por el Juzgado Primero, el ocho de septiembre de dos mil quince, en el juicio de amparo indirecto 8/2013, mismo que tuvo por cumplida la Ejecutoria.

Respecto al cumplimiento del amparo 8/2013, el Segundo Tribunal señaló lo siguiente:

“[...]”

No asiste la razón a la inconforme, cuando asevera que existe defecto en el cumplimiento debido a que la autoridad no continuó la investigación y exceso porque emitió un oficio de probable responsabilidad siendo que en la ejecutoria de amparo no se hace referencia alguna a él; toda vez que, como se ha explicado, el amparo se concedió por estimar ilegal que la autoridad ordenara el cierre de la investigación; pues se reconoció el derecho de la parte denunciante a que la investigación siguiera su cauce y se emitiera el pronunciamiento correspondiente.

Entonces, es claro que la Superioridad no se pronunció en modo alguno sobre la forma y alcance con los cuales la autoridad daría cauce a la investigación ni mucho menos sobre el sentido de su resolución, por lo cual carece de fundamento la pretensión de la inconforme de que se realizaran otras diligencias de investigación o de que no se dictara el oficio de probable responsabilidad, pues la ejecutoria de amparo en modo alguno prejuzgó sobre la facultad de la autoridad para darle continuidad al expediente abierto con la denuncia.

Por tanto, las cuestiones relacionadas con la necesidad de realizar más actos de investigación o la oportunidad del dictado del oficio de probable responsabilidad son ajenas al cumplimiento puntual del fallo y son, en realidad, argumentos que pretenden demostrar la ilegalidad de los nuevos actos por vicios propios, los cuales deben ser declarados inoperantes por no ser este recurso el medio idóneo para analizarlos.

Así las cosas, resulta infundado afirmar que existe exceso o defecto en el cumplimiento de la sentencia de amparo [...].

[...] se hace notar que si bien tiene razón la inconforme al decir que la ejecutoria no obligaba a emitir un oficio de probable responsabilidad, también lo es que esta decisión quedó sujeta al ejercicio de las facultades de la autoridad, sobre el cual no se pronunció el Máximo Tribunal, de donde se sigue que la determinación de tener por cumplido el fallo no limita el derecho de la quejosa, que conforme a la ley le asiste, para impugnar en su oportunidad los nuevos actos por vicios propios.

[...]

ÚNICO. Es INFUNDADA la inconformidad a que este expediente corresponde.”

Como se advierte de la transcripción referida, el Segundo Tribunal confirmó el acuerdo emitido el ocho de septiembre de dos mil quince por el Juzgado Primero, en virtud de lo cual, es falso que el cumplimiento a la Ejecutoria sea una cuestión *sub júdice*. Por ende, son inatendibles los argumentos de Telcel relacionados con la suspensión del procedimiento seguido en forma de juicio ni del dictado de su resolución.

Por otra parte, las manifestaciones de Telcel, relativas a los escritos presentados por los Denunciantes con fechas primero de junio y quince de julio, ambos de dos mil quince, resultan **infundadas** por una parte e **inoperantes** por otra, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer término devienen **inoperantes** por **gratuitas** las manifestaciones hechas por Telcel en las que se limita a realizar una descripción general del contenido de los escritos presentados por los Denunciantes el primero de junio y quince de julio, ambos de dos mil quince, pues no formula argumentos lógico-jurídicos que sustenten algún agravio.

En segundo término, resultan **infundadas** las manifestaciones de Telcel relativas a que lo señalado por los Denunciantes en los referidos escritos trascendió al OPR, lo anterior, ya que en el propio oficio se señaló que las manifestaciones vertidas por los Denunciantes no formarían parte de las imputaciones presuntivas del OPR al haber sido formuladas con posterioridad a la conclusión de la investigación.

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1 Manifestaciones relacionadas con los antecedentes del OPR ¹⁰⁴

En relación con los antecedentes referidos en el OPR, Telcel destaca que al referido oficio no se acompañó prueba o constancia alguna que acreditase la veracidad de lo narrado en todos y cada uno de los numerales, lo que le deja en indefensión y hace nugatorios sus derechos de audiencia y a una defensa plena.

Ante la falta del debido traslado de las pruebas pertinentes, resulta imposible que Telcel tenga certeza sobre la veracidad o la existencia de los antecedentes narrados, por lo que no pueden considerarse como probados ni ciertos en perjuicio de Telcel y ha de decretarse la terminación

¹⁰⁴ Folios 52587 a 52597 del Expediente.

inmediata del Expediente. Desde luego, ello no puede considerarse subsanado con el hecho de que en el propio OPR se pretenda autorizar al imputado que tenga acceso al Expediente pues, por un lado, eso sólo acredita que ya no pudo tenerlo ab initio desde el emplazamiento y, por otro, ni siquiera con ello se permite que acceda en su integridad al Expediente, habida cuenta que se le impide conocer aquello que sea clasificado como confidencial y que, no obstante, es usado en su perjuicio.

Lo cierto es que lo expuesto en el capítulo de antecedentes del OPR no hace más que acreditar las violaciones procesales que se han cometido históricamente en el Expediente en detrimento de Telcel y de sus derechos, las que se harán valer en el momento procesal oportuno.

Así las cosas, sin que implique el consentimiento de Telcel al estado de indefensión en que se encuentra, se manifiesta lo siguiente en relación con cada uno de los antecedentes narrados en el OPR:

PRIMERO. El antecedente que se contesta no es propio de Telcel. Sin embargo, tal numeral acredita la improcedencia del inicio del Expediente, así como las violaciones procesales que Telcel hará valer en su oportunidad, pues entre otras cosas no se le corrió traslado al emplazarle con la denuncia que ahí se menciona, amén de que se reconoce que habría sido presentada en contra de diversos agentes económicos y no sólo contra Telcel.

En todo caso, tal numeral acredita la falta de fundamentación y motivación que acusó el inicio del Expediente, la falta de legitimación activa de quien presentó la denuncia, así como la improcedencia del OPR por su incongruencia con la denuncia presentada y por la violación de los tiempos procesales.

Además, no se refieren en el pretendido antecedente los hechos concretos que habrían sido denunciados, ni a quiénes de las personas morales que refieren se habrían imputado, ni los supuestos de ley que -dicen- se actualizarían, lo que deja a Telcel en indefensión.

SEGUNDO, TERCERO y CUARTO. Los antecedentes que se contestan no son propios de Telcel. No obstante, esos numerales demuestran per se la improcedencia de la supuesta denuncia presentada, de la emisión del OPR y la improcedencia del presente procedimiento.

Lo cierto es que de ahí se desprende, que lejos de emitir el OPR, en aplicación de la norma contenida en el artículo 31 fracción IV del RLFCE, debió decretarse el cierre del Expediente y la improcedencia de la denuncia que lo origina, habida cuenta que la mera investigación que debió realizarse al darle cauce necesariamente demuestra la actualización de la hipótesis de ese precepto, hecho que ha sido reconocido y confesado por los Denunciantes en el Expediente en términos del mencionado escrito de trece de julio de dos mil quince.

En cualquier caso, tanto el auto de nueve de abril de dos mil diez, como el recurso de reconsideración RA-081-2010 de la CFC y la resolución emitida al respecto, no fueron notificados a Telcel ni pueden surtir efecto legal alguno en su perjuicio. Telcel no tuvo oportunidad de manifestarse respecto del escrito de veinticinco de mayo de dos mil diez al que se alude, ni de cuestionar la resolución que le recayera. No obstante, en lo único que esos actos podrían haber culminado es en una decisión de admitir a trámite la denuncia sin considerar la causal aludida, pero de ninguna manera constituyen determinaciones terminales sobre la procedencia de la denuncia misma, menos aún sobre el resultado del procedimiento en su fase de investigación.

QUINTO. El antecedente que se contesta no es propio de Telcel. No obstante, dicho numeral acredita la improcedencia del inicio del presente procedimiento, así como las violaciones procesales que se harán valer en el momento oportuno. En cualquier supuesto, el inicio de la investigación resultó ilegal, lo que también acredita la ilegalidad de la emisión del OPR, así como de la tramitación del presente procedimiento.

Desde este momento Telcel destaca la ilegal variación en el Mercado Relevante, pues de la transcripción que se hace en el antecedente que se contesta se desprende que el que fue materia de la investigación iniciada en el expediente DE-007-2010 de la CFC era el del servicio de interconexión para la terminación de llamadas en teléfonos móviles, mientras que en el OPR lo constituye el servicio de Terminación en la RPT de Telcel en el ámbito geográfico de su RPT.

Particularmente, los requerimientos de información que ahí se mencionan, resultan insuficientes, tendenciosos, improcedentes e ilegales, como se indica en el capítulo de violaciones procesales de este escrito que pedimos se tengan aquí por reproducidas.

En lo relativo a requerimientos formulados y respondidos por diversas personas y a la Cofetel, no son propios ni guardan relación alguna con Telcel. No obstante, se aclara que los escritos, documentos e información presentada por las personas mencionadas en tales numerales nada prueban en contra de Telcel, pues no se le ha corrido traslado con ellos y, la gran mayoría de la información presentada ha sido clasificada como confidencial y no se le ha permitido conocerla, lo que resulta abiertamente violatorio de su derecho de defensa.

Sin embargo, Telcel recoge a su favor el hecho de que la Cofetel dio a conocer que las conductas desplegadas por Telcel, en su carácter de concesionaria de RPTs, fueron y son objeto de diversa regulación específica, tanto legal como reglamentaria, por lo que al haber actuado en cumplimiento de dicha regulación, no es jurídicamente posible calificar de ilícitas las conductas que se le pretenden atribuir.

También se recoge el reconocimiento de la CFC de la existencia de la entonces autoridad reguladora especializada y específica en materia de telecomunicaciones, la Cofetel, quien no presentó la promoción o denuncia que se pretende que dio inicio a este procedimiento.

Ahora bien, se indica que Telcel recibió un requerimiento de información, y se reconoce que el mismo fue desahogado. Sin embargo, la información entonces entregada no hace sino sustentar la legalidad del actuar de Telcel, así como el hecho de que no ha cometido la práctica que se le imputa en el OPR. Llama la atención que no existe en la acusación una valoración adecuada y objetiva de esa información presentada por Telcel.

La respuesta de Telcel al requerimiento de información que en su momento formuló la CFC contiene elementos y datos importantes para efectos de la definición de mercados, de servicios y, en consecuencia, para la consideración de quiénes podrían ser competidores. Esa respuesta y la información que en ella se contiene no fue analizada, valorada, usada ni invocada por la Autoridad Investigadora, lo que demuestra la indebida motivación de que adolece el OPR y la insuficiencia de las imputaciones formuladas.

Resultan igualmente ilegales las distintas incorporaciones de información de otros expedientes de la CFC, al ser violatorias de distintas disposiciones de la LFTAIPG. Sin embargo, su mera

incorporación en términos del principio pro homine y pro persona debe resultar en elementos que se apliquen de la manera más favorable para Telcel.

De igual forma, son ilegales los acuerdos de incorporación de información de Internet, particularmente en lo relativo a la Resolución DE-037-2006 y acumulados, pues es cosa juzgada para Telcel que la publicación en Internet de esa resolución fue ilegal, de forma que el otorgamiento de efectos a dicha publicación es también ilegal y no puede ni debe parar perjuicio alguno a Telcel. Además, es absurdo que se pretenda analizar y de hecho se utilice tal acto en este OPR (en fragmentos de manera evidente, pues hay paráfrasis o transcripciones de tal resolución) cuando dicha resolución fue expresamente revocada y dejada insubsistente por el Pleno de la CFC mediante la Resolución RA-007-2011, misma que es del conocimiento de este Instituto cuyo Pleno, además, ha resuelto que ha quedado definitivamente cumplida para todos sus fines.

En el numeral que se contesta se alude también a los períodos de investigación del Expediente. Llama la atención, en primer término, que ninguno de ellos abarca momento alguno en el que este Instituto o su Autoridad Investigadora hubiesen existido. Esto demuestra, de entrada, que la Autoridad Investigadora no fue quien investigó, vaya, no realizó investigación alguna, lo que per se determina la ilegalidad del procedimiento y del OPR, que entonces sólo podría consistir en una transcripción de lo que se supone que alguien más habría considerado (acaso en la Resolución DE-37-2006 y acumulados o en el OPR de ese procedimiento). En realidad, la Autoridad Investigadora no dio el cauce correspondiente a la denuncia (pues no investigó), sino que sólo emitió un OPR en el falso entendido de que las conclusiones provisionales de alguien más serían aplicables y de que había que emitirlo como efecto de la Ejecutoria en la que ese OPR no se menciona.

Por lo demás, el que esos periodos de investigación ante la CFC hubiesen sido establecidos en esos tiempos no demuestra ni puede significar que hubiese dejado de consumarse la prescripción en relación con y para efectos de Telcel, así como la preclusión de diversos derechos de terceros.

SEXTO a DÉCIMO SEGUNDO. Nuevamente, como están redactados, los antecedentes correlativos no contienen la narración de hechos propios de Telcel, por lo que ni se afirman ni se niegan.

Sin embargo, Telcel destaca que, contrariamente a lo que se sostiene en el OPR, como resultado de la Resolución y su reclamación en amparo promovido por los Denunciantes (junto con otros actos reclamados), la Segunda Sala ya resolvió que era ilegal -por constituir una motivación inadecuada- que el Pleno de la CFC hubiera decretado el cierre del expediente DE-007-2010 tomando en cuenta lo resuelto en la Resolución RA-007-2011, lo que resultaba violatorio del derecho de los Denunciantes a que siguiera su cauce la investigación iniciada con motivo de su denuncia, y de su derecho a que dicha denuncia fuera resuelta de forma debidamente fundada y motivada. Por ello, tras sobreseer respecto de los otros actos reclamados (incluyendo la Resolución RA-007-2011), la Segunda Sala resolvió conceder el amparo a los Denunciantes.

Es decir, es falso que la SCJN hubiera ordenado que se emitiera el OPR como erróneamente se afirma en ese infundado OPR. Por ello, como Telcel lo ha hecho valer en el juicio de amparo respectivo, es claro que existe exceso en el intento de cumplimiento de la Ejecutoria por parte

de la Autoridad Investigadora y, desde luego, el presente procedimiento es improcedente y habrá de decretarse su terminación.

DÉCIMO TERCERO. El antecedente que se contesta no es propio de Telcel ni alude a un acto que le hubiera sido notificado en su momento.

DÉCIMO CUARTO. El antecedente que se contesta tampoco es propio de Telcel. Sin embargo, tal numeral acredita la improcedencia del inicio del Expediente, así como las violaciones procesales que Telcel hará valer en su oportunidad. Lo que es claro a partir de la determinación del Pleno del IFT es que, en ningún momento, esa autoridad ordenó a la Autoridad Investigadora que emitiera un OPR, sino solamente que cumpliera con lo establecido en la Ejecutoria.

DÉCIMO QUINTO. El antecedente que se contesta no es propio de Telcel. Sin embargo, tal numeral acredita la improcedencia del inicio del Expediente, así como las violaciones procesales que Telcel hará valer en su oportunidad pues no se notificó, no se corrió traslado a Telcel con los escritos aludidos, ni mucho menos se le dio la oportunidad de defensa respecto de las improcedentes manifestaciones ahí contenidas.

Antes se ha referido a los escritos aludidos por la autoridad en este apartado del OPR en las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas, por lo que se pide que las manifestaciones respectivas se tengan aquí por reproducidas en lo conducente.

Lo cierto es que, aunque dichos escritos del autorizado de los Denunciantes, pretendidamente aludan a cuestiones propias del cumplimiento de la Ejecutoria, lo cierto es que paradójicamente no fueron presentadas ante la juez de Distrito correspondiente sino sólo ante esa Autoridad Investigadora, sin conocimiento del juzgado ni de las demás partes.

Si sólo se referían a temas ajenos a la materia del Expediente y “no podrán formar parte de las imputaciones presuntivas del presente OPR al haber sido formuladas con posterioridad a la conclusión de la investigación”, entonces su presencia y constancia en el Expediente no se justifica jurídicamente y debieron retirarse del mismo, sin concederles efecto formal ni materialmente alguno. No obstante, aunque la Autoridad Investigadora dijo lo contrario, lo cierto es que la simple lectura de tales escritos y del OPR en su materia hacen evidente que el planteamiento de las denunciantes sí fue contemplado y sí trascendió al OPR que, en consecuencia, es incongruente e ilegal.

DÉCIMO SEXTO. El antecedente que se contesta no es propio de Telcel. Además, corresponde a las actuaciones de diverso juicio de amparo, por lo que nada tiene que ver con la materia del OPR. Por cuanto a su último párrafo, se niega. Por un lado, se insiste una vez más en que hay exceso en el pretendido cumplimiento de la Ejecutoria, pues la SCJN no ordenó que se emitiera el OPR y, por tanto, el presente procedimiento es improcedente y habrá de decretarse su terminación.

Finalmente, se niega que la Autoridad Investigadora hubiera actuado de conformidad con los antecedentes, menos aún que hubiese analizado la información obtenida durante el procedimiento de investigación de forma que le hubiese permitido emitir el OPR. Por el contrario, además de no haber realizado investigación alguna por sí, la Autoridad Investigadora en realidad emite el OPR atendiendo las peticiones extemporáneas e incorrectas de los Denunciantes, en pretendido cumplimiento de la Ejecutoria en la cual no se indica que se emita

OPR alguno y, presumiblemente valiéndose e inclusive repitiendo el contenido de la extinta y revocada Resolución DE-37-2006 y acumulados y la Resolución RA-007-2011, cuya litis ya quedó definitivamente resuelta y consumada con el conocimiento del IFT.

En suma, lo narrado en los pretendidos antecedentes del OPR, junto con las aclaraciones expuestas en esta contestación, acreditan la improcedencia y falta de sustento de las imputaciones formuladas en contra de Telcel, quien debe ser absuelto de cualquier responsabilidad.

Nótese que en los pretendidos antecedentes no hay más que supuestas referencias procesales a ciertas actuaciones. Pero no existe en este apartado una sola consideración fáctica sobre la pretendida práctica monopólica relativa imputada a Telcel, por lo que debe ser absuelta, ante la falta de sustento fáctico del OPR y ante la imposibilidad derivada de ese acto de plantear una defensa directa para desvirtuar hechos que se le imputaren.

La emplazada hizo manifestaciones relacionadas con los antecedentes del OPR, ya sea negándolos, afirmándolos o considerándolos hechos no propios. Al respecto, lo señalado en el capítulo de “*Antecedentes*” del OPR es una relación sucinta de las actuaciones procesales ocurridas durante la investigación y, por tal motivo, lo expuesto en dichos apartados no puede causar afectación alguna a la emplazada, ya que los antecedentes no contienen los hechos y las conductas que fueron imputadas a nivel presuntivo y respecto de los cuales debe presentar sus defensas. En este sentido, este tipo de manifestaciones se califican como **inoperantes** por **no justificar la transgresión**.

No obstante lo anterior, a continuación se analizarán las manifestaciones de Telcel relativas a algunos antecedentes del OPR en las que manifiesta que existió algún tipo de ilegalidad:

En primer término, las manifestaciones de Telcel relativas a que esta autoridad omitió correr traslado de las pruebas que acreditan la veracidad de los antecedentes, lo cual le deja en estado de indefensión, resultan **infundadas**, en virtud de que la emplazada pasa por alto lo dispuesto en la fracción II, del artículo 33 de la LFCE, que establece:

“[...] II. La Comisión emplazará con el oficio a que se refiere la fracción anterior al probable responsable, el que contará con un plazo de treinta días para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo”.

Es decir, de conformidad con lo dispuesto en la citada fracción, este Instituto únicamente se encuentra obligado a emplazar al probable responsable con el oficio de probable responsabilidad al que refiere la fracción I, del artículo 33 de la LFCE y no, como erróneamente lo señala Telcel, a correr trasladado al probable responsable del cúmulo de pruebas obtenidas durante la investigación.

Esta cualidad del procedimiento de ninguna manera puede interpretarse como una violación a los derechos de la emplazada, ya que como lo establece el artículo 31 bis de la LFCE, durante el procedimiento seguido en forma de juicio, los agentes económicos con interés jurídico tienen acceso al expediente. En este sentido, contrario a lo manifestado por Telcel, no se le dejó en estado de indefensión ya que tuvo acceso a la totalidad de las constancias reservadas del Expediente, así como a las constancias clasificadas con el carácter de confidencial de las cuales es titular.

Respecto de los señalamientos del Telcel relativos a que no se le permitió acceder en su integridad al Expediente ya que se le impidió conocer lo clasificado como confidencial no obstante que sea usado en su perjuicio, éstos devienen **inoperantes** por **genéricos**, ya que la emplazada se limita a señalar que la información confidencial es usada en su perjuicio, no obstante, no señala en qué parte del OPR se utilizó información en su perjuicio.

En segundo término, las manifestaciones de Telcel relativas a los antecedentes “*PRIMERO*”, “*SEGUNDO*”, “*TERCERO*” y “*CUARTO*” del OPR, devienen **inoperantes** por **genéricas** y por **no justificar la transgresión**, en atención a lo siguiente:

Respecto del antecedente “*PRIMERO*” Telcel se limita a señalar que: **i)** no se le corrió traslado al emplazarle con la denuncia; **ii)** quien presentó la denuncia carecía de legitimación activa; **iii)** el OPR era improcedente por su incongruencia con la denuncia presentada; **iv)** existió violación de tiempos procesales; y **v)** que en el referido antecedente no se refieren los hechos denunciados, ni a qué personas se habrían imputado, ni los supuestos de ley que se actualizarían; sin embargo, dichas manifestaciones devienen **inoperantes** por **genéricas** ya que la emplazada no formula argumentos lógico-jurídicos que sustenten sus aseveraciones, así como tampoco acreditan el perjuicio que se le ocasiona.

Con relación a los antecedentes “*SEGUNDO*”, “*TERCERO*” y “*CUARTO*”, Telcel señala que no le fue notificado el acuerdo con fecha nueve de abril de dos mil diez, así como tampoco se le notificó la resolución emitida en el recurso de reconsideración RA-081-2010 por la CFC, por lo que no pueden surtir efecto legal en contra de Telcel; sin embargo, dichas manifestaciones devienen **inoperantes** por **no justificar la transgresión**, ya que Telcel no explica el supuesto perjuicio que le ocasionó la falta de notificación del acuerdo de desechamiento del Escrito de Denuncia, así como de la resolución del referido recurso. Adicionalmente, la autoridad no se encontraba obligada a practicar las diligencias aludidas por Telcel, ya que al inicio de la etapa de investigación no es posible identificar al agente económico a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable en el procedimiento seguido en forma de juicio. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 bis de la LFCE, durante la etapa de investigación, la autoridad no puede permitir el acceso al Expediente.

No obstante lo anterior, durante el procedimiento seguido en forma de juicio Telcel tuvo acceso tanto al acuerdo de desechamiento del Escrito de Denuncia de fecha nueve de abril de dos mil diez, como a la resolución del recurso de reconsideración RA-081-2010.

Finalmente, respecto de los referidos antecedentes, Telcel señala que no pudo manifestarse respecto del escrito de veinticinco de mayo de dos mil diez, ni de cuestionar la resolución que recayera; sin embargo, dichas manifestaciones son **inoperantes** por **no justificar la transgresión** toda vez que la emplazada no explica cómo una resolución que fue revocada le ocasionó perjuicio alguno o de qué forma sus manifestaciones podrían modificar lo señalado en el OPR.

Asimismo, el artículo 71 del RLFCE señala: “[...] Tendrán interés jurídico para interponer el recurso de reconsideración los agentes económicos que hayan participado directamente en un procedimiento ante la Comisión y que se vean afectados por la resolución de la Comisión”, Telcel carecía de interés jurídico en el recurso de reconsideración interpuesto por los Denunciantes en contra del acuerdo de desechamiento de su Escrito de Denuncia, por lo que la autoridad no se encontraba obligada a notificar a Telcel ni el escrito del recurso de reconsideración interpuesto por los Denunciantes, así como tampoco la resolución que recayera a dicho escrito.

Las manifestaciones de Telcel relativas al antecedente “*QUINTO*”, se califican en los siguientes términos:

En primer término, las manifestaciones de la emplazada resultan **infundadas**, ya que contrario a lo manifestado por Telcel, en el OPR no existió una ilegal variación entre la definición de mercado contenida en el extracto publicado en el DOF y la definición del mercado contenida en el OPR, ya que de conformidad con el artículo 33 del RLFCE, la autoridad tiene atribuciones para ampliar los hechos del Escrito de Denuncia en la investigación. Asimismo, el artículo 33, fracción I, de la LFCE, establece los elementos que debe contener el OPR, entre los cuales no se contempla que el mercado definido en el OPR deba coincidir con la definición de mercado incluida en el Escrito de Denuncia o en el extracto del acuerdo de inicio publicado en el DOF. De lo contrario, la etapa de investigación carecería de sentido, ya que dicha etapa se desarrolla con el objeto de que la autoridad se allegue de la mejor información disponible para la definición del mercado relevante, la identificación del probable responsable, la determinación de poder sustancial y por ende la determinación de la existencia de probables prácticas anticompetitivas.

Cabe aclarar que es imposible determinar un mercado relevante al momento de iniciar una investigación en virtud de que dicho concepto consiste en una valoración económica compleja que sólo puede ser construida a partir de la evidencia de la que la autoridad en materia de competencia disponga.¹⁰⁵ Así, es imposible que el mercado enunciado en un acuerdo de inicio de investigación coincida con el mercado relevante definido en el OPR que fue determinado a partir de los elementos obtenidos de una investigación. El término mercado contenido en el párrafo segundo del artículo 30 de la LFCE que sirve de fundamento a los acuerdos de inicio de investigación, no equivale al concepto de mercado relevante como erróneamente pretende Telcel.

Adicionalmente, como ya se analizó en el presente apartado, esta autoridad únicamente se encontraba obligada a emplazar a Telcel con el OPR y no tenía la obligación de correrle traslado de

¹⁰⁵ Sirva de sustento a lo anteriormente expuesto, el siguiente criterio judicial: **“MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es “mercado relevante”; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el “mercado relevante” es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de “mercado relevante” se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo. Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado “mercado relevante” implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulatorios utilizados [...]”. Registro No. 168609. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: SJF y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008 Página: 2225. Tesis: 1.4o.A. J/75. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.

la totalidad de las constancias que obran en el Expediente, por lo que las manifestaciones de Telcel devienen **inoperantes** por **genéricas** y por **no justificar la transgresión**.

Con relación a las manifestaciones de la emplazada sobre los requerimientos de información formulados en la etapa de investigación, sus manifestaciones devienen **inoperantes** por **genéricas**, en atención a lo siguiente:

Telcel se limita a señalar que los requerimientos de información resultan insuficientes, improcedentes e ilegales, asimismo, señala que la información presentada por los requeridos no prueban en contra de Telcel; sin embargo, la emplazada no formula razonamientos lógico-jurídicos para sustentar sus aseveraciones, por lo que éstas devienen **inoperantes** por **genéricas**. Asimismo, las manifestaciones de Telcel, relativas a que no se le corrió traslado de dichos documentos y, que la información presentada como desahogo de dichos requerimientos se clasificó como confidencial, devienen **inoperantes** por **genéricas**, pues como ya se ha analizado en el presente apartado, la autoridad no se encuentra obligada a correr traslado de dichos documentos al emplazado y, por otra parte, la autoridad se encuentra obligada a salvaguardar la información clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.

Ahora bien, las siguientes manifestaciones de Telcel, devienen **inoperantes** por **genéricas** y por **no combatir el OPR**, ya que la emplazada no formula argumentos lógico-jurídicos para sustentar sus aseveraciones, así como tampoco combate las imputaciones del OPR. Dichas manifestaciones se enlistan a continuación:

- i) Las autoridades de la Cofetel dieron a conocer que las conductas desplegadas por Telcel en su carácter de concesionaria de RPT, fueron y son objeto de diversa regulación específica; y
- ii) Que la autoridad reguladora especializada en materia de telecomunicaciones, es decir, la Cofetel, no presentó denuncia que se pretende dio inicio al presente procedimiento;

Lo anterior, ya que Telcel no es puntual en señalar las supuestas conductas desplegadas en su carácter de concesionaria de RPT, así como tampoco formula argumentos lógico-jurídicos que sustenten en qué le beneficia o perjudica que la Cofetel no haya presentado la denuncia con la que se dio inicio al presente procedimiento. Adicionalmente, las cuestiones referidas no forman parte de las imputaciones del OPR.

Con relación a las manifestaciones de Telcel respecto de que no se valoró ni se analizó la información que presentó la emplazada como desahogo al requerimiento de información que se le formuló en la etapa de investigación, sus manifestaciones devienen **inoperantes** por **genéricas**, ya que la emplazada no delimita cuáles son los elementos que no se tomaron en cuenta y cómo es que de haberse tomado en cuenta hubiese variado el análisis realizado en el OPR.

Asimismo, las manifestaciones de Telcel relativas a la supuesta ilegalidad de la incorporación de información de otros expedientes al ser violatoria de disposiciones de la LFTAIPG, devienen en **inoperantes** por **genéricas**, ya que Telcel no señala que disposiciones o artículos considera que fueron violadas y por qué la incorporación de dicha información resulta ilegal. Asimismo, la emplazada no es puntual en señalar por qué considera que es ilegal la incorporación de información de expedientes de la CFC y cuáles son las disposiciones de la LFTAIPG que se violentaron derivado de ese hecho. Adicionalmente, la emplazada señala que resultan ilegales los acuerdos de integración; sin embargo, únicamente realiza manifestaciones lisas y llanas.

Ahora bien, por lo que hace al acuerdo mediante el cual se integró al Expediente la Resolución DE-37-2006 y acumulados, los argumentos de Telcel son **infundados**, ya que dicho acuerdo se emitió con fecha doce de octubre de dos mil once, haciendo constar la integración de la Resolución DE-37-2006 y acumulados al Expediente. Es decir, tanto la emisión del acuerdo como la certificación acontecieron con fecha previa a que la CFC retirara la publicación de la referida resolución en su página de Internet en acatamiento a lo dispuesto por la sentencia emitida el veintisiete de enero de dos mil doce, en el juicio de amparo 586/2011 del índice del Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, la cual fue confirmada mediante ejecutoria dictada por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial el veintiséis de abril de dos mil doce, en el juicio de amparo 75/2012. No obstante, toda vez que la Resolución DE-37-2006 y acumulados obra en los archivos de la Unidad de Competencia Económica de este Instituto, es un hecho notorio para esta autoridad.¹⁰⁶

Por otra parte, Telcel señala que durante el periodo de investigación no existía la Autoridad Investigadora y que por lo tanto no se realizó una debida investigación, lo cual redundaba en que se haya emitido el OPR de manera ilegal; sin embargo, dicha manifestación resulta **inoperante** ya que **parte de una premisa errónea**, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el Decreto, este Instituto es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, por lo que, tal y como se advierte de la Ejecutoria, el Instituto es la autoridad sustituta de la CFC, lo cual no resulta en perjuicio de la empleada.

Ahora bien, con relación a los antecedentes “SEXTO a DÉCIMO SEGUNDO” y “DÉCIMO CUARTO” y “DÉCIMO SEXTO”, las manifestaciones de Telcel resultan **infundadas**, en virtud de que, la Autoridad Investigadora dio cumplimiento a lo dispuesto por el PJJ atendiendo a lo dictado en la Ejecutoria, en cuyo Considerando Octavo se expresa lo siguiente:

“[...] en atención a las formalidades esenciales del procedimiento y los principios de legalidad y seguridad jurídica, la autoridad responsable debió advertir la necesidad de que la investigación culminara con el pronunciamiento correspondiente a la denuncia formulada, aún y cuando los hechos denunciados fueran coincidentes con otra investigación [...]”.

De lo anterior, no se desprende la interpretación que intenta dar la empleada, toda vez que, la SCJN no acotó la emisión de un acto específico en su determinación, pues de conformidad con el artículo 33 de la LFCE, corresponde a la Autoridad Investigadora emitir el acto que considere pertinente una vez concluida la investigación y, en caso de existir elementos para determinar la

¹⁰⁶ Al respecto resulta aplicable el siguiente criterio judicial: “**HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO.** Conforme al artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tribunales pueden invocar hechos notorios aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes. Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento”. Novena Época. Registro: 174899, Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: XXIII. Junio de 2006. Materia(s): Común Tesis: P./J. 74/2006. Página: 963.

probable responsabilidad, iniciar un procedimiento con la emisión del oficio de probable responsabilidad.

Finalmente, con relación al antecedente “DÉCIMO QUINTO”, las manifestaciones de Telcel relativas a que los escritos de fechas primero de junio y trece de julio, ambos de dos mil quince, presentados por los Denunciantes, no debieron integrarse al Expediente resultan **infundadas**. Lo anterior, ya que en términos del artículo 6 del RLFCE, a toda promoción debe recaerle un acuerdo y de cada acto debe dejarse una constancia en el Expediente, de esta manera, los funcionarios son responsables de la debida integración de los expedientes. En atención a ello, contrario a lo manifestado por la emplazada, este Instituto se encontraba obligado a integrar los referidos escritos, así como a emitir el acuerdo correspondiente. Lo anterior, de ninguna manera le ocasiona una afectación a Telcel, toda vez que, en el OPR se señaló que dichos escritos no podrían formar parte de las imputaciones presuntivas del OPR al haber sido formuladas con posterioridad la conclusión de la investigación.

2.2 De la incompetencia de la Autoridad Investigadora para emitir un OPR¹⁰⁷

La Autoridad Investigadora es incompetente para emitir el OPR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la CPEUM y el Séptimo Transitorio del Decreto y con base en los artículos 30 y 33 de la LFCE y el 41 del RLFCE.

La CPEUM impide la aplicación retroactiva de precepto alguno en perjuicio de un gobernado, como lo es Telcel. De acuerdo con el Séptimo Transitorio del Decreto, los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración de la CFCE y del IFT continuarían su trámite ante éstos en términos de la legislación aplicable al momento de su inicio.

Según se reconoce en el OPR, el presente procedimiento inició mediante denuncia presentada el seis de marzo de dos mil diez y, además, fue el diez de octubre de dos mil diez que se emitió el acuerdo de inicio de la etapa de investigación.

En ese sentido, el artículo 33 de la LFCE dispone lo siguiente:

“Artículo 33.- Concluida la investigación correspondiente y si existen elementos para determinar la probable responsabilidad del agente económico investigado, la Comisión (Federal de Competencia) iniciará y tramitará un procedimiento administrativo con forme a lo siguiente:

I. Emitirá un oficio de probable responsabilidad que contendrá:

[...].”

Como se comprueba de la transcripción que antecede, en la LFCE no se preveía específicamente qué autoridad o autoridades de la CFC tendrían que emitir y suscribir el OPR previsto en el artículo 33.

Por ello, el artículo 41 del RLFCE estableció lo siguiente:

“Artículo 41.- Concluida la investigación y dentro de un plazo de sesenta días contado a partir del acuerdo de conclusión del periodo de investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de hechos constitutivos de

¹⁰⁷ Folios 52597 a 52602 del Expediente.

probables infracciones a la ley cometidos por el o los probables responsables; el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión deben emitir el oficio de probable responsabilidad.

[...].”

En términos del precepto transcrito, bajo las normas jurídicas aplicables a este procedimiento, correspondía al Presidente y al SE de la CFC de la CFC la emisión del OPR.

Es claro que a partir de la extinción de la CFC, las normas referidas deben aplicarse a las autoridades de los órganos competentes en materia de competencia económica creados con el Decreto: la CFCE y el IFT. Si de conformidad con la LFCE y el RLFCE, el SE de la CFC y el Presidente de la CFC debían emitir el OPR, entonces esa atribución tiene que corresponderles a los funcionarios y órganos equivalentes del IFT.

Luego entonces, de acuerdo a la normatividad aplicable al procedimiento que nos ocupa, la atribución para emitir el OPR corresponde al Presidente del IFT y a la Autoridad Investigadora, pero no a uno solo de ellos como sucedió en la especie.

Es evidente que la legislación anterior tenía como sustento el que no fuera un solo funcionario quien emitiera el OPR, sino que ello correspondiera a una decisión inicial colegiada, integrada por dos voluntades, que apreciaran y emitieran conclusiones en relación con la investigación que hubieren realizado. Eso era de particular importancia en este caso, en que además la Autoridad Investigadora ha estimado que debía interpretar la Ejecutoria y emitir conclusiones a partir de una pretendida investigación que no llevó a cabo autoridad alguna del IFT. Entonces, la aplicación de la normatividad aplicable al procedimiento iniciado en dos mil diez resultaba indispensable y, en el caso, no se aplicó.

Ello, no obstante que la Autoridad Investigadora hubiere pretendido sustentar el OPR en el artículo 28 de la CPEUM fracción V, vigente actualmente, el Segundo Transitorio del decreto publicado en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, por el que se expidió la nueva Ley Federal de Competencia Económica y el Segundo Transitorio del acuerdo publicado en el DOF el diecisiete de octubre de dos mil catorce, pues tales preceptos no son aplicables en el asunto que nos ocupa atendiendo su fecha de inicio en términos del Decreto y del 14 de la CPEUM menos cuando ello se hace en detrimento del gobernado imputado que en el caso es Telcel.

En ese sentido, no puede tener aplicación ni válidamente puede entenderse que el legislador federal carente de facultades, determinase en el Segundo Transitorio del decreto de expedición de la nueva Ley Federal de Competencia Económica que “los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Decreto, se sustanciarán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio, ante las autoridades administrativas que establezca el estatuto orgánico conforme al transitorio siguiente”. Ello, desde luego, implica una inconstitucional modificación a lo dispuesto en el Séptimo Transitorio del Decreto, y su aplicación al caso que nos ocupa vulnera el derecho fundamental de irretroactividad de que es titular Telcel.

Mientras en el Séptimo Transitorio del Decreto sólo se estableció que los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración de la CFCE y del IFT se tramitarían de conformidad con la legislación vigente al momento de su inicio, el legislador federal posterior e

inválidamente habría pretendido agregar en ley un requisito o elemento adicional al añadir “ante las autoridades administrativas que estableciera el estatuto orgánico”. Esa adición por parte del legislador federal implicó una modificación sustantiva a lo establecido en el Séptimo Transitorio del Decreto pues con ella, los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración de la CFCE y del IFT ya no se tramitarían exactamente de conformidad con la legislación vigente al momento de su inicio, pues, por sólo citar un ejemplo, el Estatuto Orgánico del IFT no existía entonces. Luego, esa añadidura no puede ser aplicada en el presente procedimiento, menos en perjuicio de Telcel, pues de serlo resultaría inconstitucional, al igual que el precepto estatutario mencionado.

Se insiste en que es falso que la sentencia de la Segunda Sala sea fundamento de la pretendida e inexistente competencia de la Autoridad Investigadora para emitir el OPR como ahí se alega, pues dicho acto ni siquiera se menciona ni se prevé en tal fallo judicial.

Como se desprende de la lectura de la Ejecutoria, la SCJN no mencionó ni insinuó siquiera que la concesión de amparo fuera para el efecto de que se emitiera un OPR y que se emplazara a Telcel al procedimiento seguido en forma de juicio ni mencionó en una sola ocasión a la Autoridad Investigadora. Por ello, no podría haberle atribuido ni imputado competencia alguna.

No existe, pues, a lo largo de la Ejecutoria de la SCJN mención de algún OPR o de la Autoridad Investigadora, por lo que no es posible ni correcto pretender que dicha Ejecutoria sirva de fundamento para la supuesta competencia de dicha Autoridad Investigadora para emitir el OPR.

En ese sentido, nuevamente se destaca que el OPR constituye un excesivo e indebido intento de cumplimiento de la Ejecutoria, lo que habrá de ser declarado en la instancia correspondiente ordenando quede insubsistente, pero de cualquier manera en la presente se constituye un acto inicial infundado e indebido.

En ese orden de ideas, contrariamente a lo que se pretende en el OPR, la Autoridad Investigadora del Instituto es incompetente para emitirlo, pues su actuar individual es insuficiente en términos de la legislación aplicable a este procedimiento, por lo que resulta abiertamente ilegal el inicio del procedimiento que nos ocupa, lo que habrá de conducir a su terminación y a que la autoridad se abstenga de imponer sanción alguna a Telcel.

Es **infundado** el argumento esgrimido por la Emplazada en el sentido de que el OPR se emitió por autoridad incompetente, lo anterior en atención a las siguientes consideraciones:

La emplazada señala que de conformidad con la LFCE y el RLFCE, el SE de la CFC y el Presidente de la CFC debían emitir el OPR; continúa señalando que, a partir de la extinción de la CFC, las normas referidas deben aplicarse a las autoridades de los órganos competentes en materia de competencia económica creados con el Decreto, es decir, la CFCE y el IFT. En este sentido, indica Telcel que la atribución para emitir el OPR correspondía al Presidente del IFT y a la Autoridad Investigadora y no sólo a uno de ellos como sucedió en el Expediente.

En primer término, la figura de sustitución a la que hace referencia Telcel únicamente resulta aplicable en materia de amparo de conformidad con el artículo 9 de la ley en la materia referida. El supuesto de sustitución que manifiesta la emplazada relativo a que el Presidente del IFT y el Titular de la Autoridad Investigadora, al ser funcionarios que materialmente cumplen con las funciones que

llevaban a cabo el Presidente de la CFC y el SE de la CFC sustituyen a éstos últimos, jurídicamente no es posible, ya que el grado de sustitución de autoridad derivado de la reforma constitucional se dio a nivel de órganos, es decir, de órgano desconcentrado, como lo era la extinta CFC a un órgano constitucional autónomo, como lo es el IFT,¹⁰⁸ y no a nivel de funcionarios integrantes de cada uno de estos órganos. En este sentido, las manifestaciones de Telcel son **infundadas**, ya que jurídicamente no es posible la sustitución de autoridades que argumenta la emplazada.

Con relación a las manifestaciones de Telcel relativas a que la emisión del OPR se sustentó en el artículo 28 de la CPEUM, así como en el Segundo Transitorio del Decreto publicado en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce y el Segundo Transitorio del acuerdo publicado en el DOF el diecisiete de octubre de dos mil catorce, los cuales no son aplicables al presente procedimiento y le ocasiona un perjuicio a Telcel, resultan **infundadas** en atención a lo siguiente:

El OPR se emitió de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la CPEUM, reformado mediante el Decreto, en el cual se establece que el IFT será la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones por lo que en éstos ejercerá de forma exclusiva las facultades que ese artículo y las leyes establecen para la CFCE y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y libre concurrencia. Asimismo, el referido artículo establece que el IFT será independiente en sus decisiones y funcionamiento, y las leyes garantizarán dentro del IFT la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve los procedimientos que se sustancien en forma de juicio. En virtud de ello, el Presidente de IFT se encontraría imposibilitado para intervenir dentro de la etapa de investigación, toda vez que es integrante del órgano resolutor del IFT, y de haber firmado conjuntamente con el Titular de la Autoridad Investigadora, como lo señala Telcel, se hubiese contravenido el mandato Constitucional.

Así, si la separación entre la autoridad que conoce de la investigación y la que tramita el procedimiento seguido en forma de juicio se encuentra prescrita a nivel constitucional, no es posible alegar una aplicación retroactiva. La Constitución no puede ser aplicada de manera retroactiva ni pueden adquirirse derechos de la norma constitucional como sí pasa con las leyes que emanan de

¹⁰⁸ Sirva de apoyo el siguiente criterio judicial: **“INFORME ACLARATORIO RENDIDO POR LA AUTORIDAD SUSTITUTA DE LA RESPONSABLE EN EL QUE SE NIEGAN LOS ACTOS ATRIBUIDOS A ÉSTA. TIENE EL MISMO VALOR PROBATORIO QUE EL EMITIDO POR LA SUSTITUIDA, AUN CUANDO ÉSTA HAYA ADMITIDO SU CERTEZA EN EL INFORME JUSTIFICADO, POR LO QUE DICHA NEGATIVA DEBE DESVIRTUARSE POR EL QUEJOSO.** Si por reformas constitucionales o legales, una autoridad es sustituida por otra o cambia de denominación, la autoridad sustituta, ya sea de reciente denominación o creación, puede válidamente rendir los informes justificados en sustitución de la que se haya señalado como responsable. Luego, como no existe precepto legal en la Ley de Amparo ni en ningún otro ordenamiento legal que prohíba a las responsables aclarar, corregir o subsanar los informes justificados que hayan rendido en los juicios de garantías, deben admitirse y dárseles el mismo valor probatorio a esos informes aclaratorios, aun cuando se hayan rendido por la autoridad sustituta. Así, si en el informe justificado rendido por la responsable sustituida se admitió la certeza de los actos reclamados y, con posterioridad, la autoridad sustituta rinde un informe aclaratorio en el que precisa que no existen constancias en los expedientes de la dependencia que acrediten la existencia de tales actos, es decir, niega la existencia de los que inicialmente se tuvieron por ciertos, es incuestionable que dicho informe tiene valor probatorio pleno como documento público, en términos del artículo 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles y, en consecuencia, debe ser desvirtuada esa negativa por el quejoso, pues, de lo contrario, procede sobreeser en el juicio de amparo.” No. Registro. 185383. Tesis Aislada. Materia: Común. Instancia: TCC. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo XVI, Diciembre de 2002 Novena Época. Pág. 800. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.”

ella en virtud de que es una unidad coherente y homogénea que se encuentra al origen del sistema jurídico.¹⁰⁹ Así, Telcel no puede alegar una aplicación retroactiva de las normas orgánicas que rigen a la materia de competencia económica.

Por otra parte, respecto de las manifestaciones de Telcel relativas a la inconstitucional modificación de lo dispuesto en el Séptimo Transitorio del Decreto, al establecer el legislador en el Segundo Transitorio del Decreto publicado en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, que: “*Los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Decreto, se sustanciarán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio, ante las autoridades administrativas que establezca el estatuto orgánico conforme la transitorio siguiente*”, toda vez que Telcel reclama la inconstitucionalidad del referido precepto, este Instituto no puede pronunciarse al respecto, ya que carece de competencia para resolver sobre cuestiones de constitucionalidad. Lo anterior, ya que de conformidad con lo resuelto por la SCJN, es atribución exclusiva de los órganos que ejercen facultades jurisdiccionales, juzgar sobre la constitucionalidad de leyes o actos de autoridad, como lo hacen los órganos del PJF.

Adicionalmente, la manifestación relacionada con la interpretación realizada de la Ejecutoria para que la Autoridad Investigadora realizara el cumplimiento de esta determinación, resulta **inoperante** ya que la conclusión a la que llega su razonamiento partió de la **premisa errónea** de que los funcionarios competentes para emitir el OPR son el Presidente del Instituto y el Titular de la Autoridad Investigadora, no obstante, como quedó establecido en párrafos anteriores, las manifestaciones que realiza no tienen sustento jurídico que permita a esta autoridad determinar de conformidad con sus pretensiones.

Finalmente, se aclara a Telcel que de las constancias que obran en el Expediente se tiene que el Escrito de Denuncia es de fecha dieciséis de marzo de dos mil diez¹¹⁰ y no como lo indica en su argumento del día seis de marzo del año referido y el acuerdo de inicio de investigación se emitió el

¹⁰⁹ Sirve de apoyo el siguiente criterio judicial: “**RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, NO ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.** La no aplicación retroactiva de la ley es una garantía de seguridad jurídica que tiene por objeto limitar la actividad del poder público para evitar un perjuicio derivado del cambio en la normatividad, con transgresión a la esfera jurídica del particular; **no obstante, cuando la norma que produce efectos sobre actos ocurridos antes de su entrada en vigor se encuentra contenida en la Constitución Federal, por regla general, no puede considerarse que se trate de una aplicación retroactiva (en estricto sentido) que atente contra el principio de seguridad jurídica.** Tal conclusión deriva de que la Constitución es una unidad coherente y homogénea, que se ubica en el origen del sistema jurídico y ocupa la posición suprema en su estructura jerárquica, en función de lo cual establece la relación jerárquica y material entre las normas del sistema y determina su significado, de manera que, por lo general, las modificaciones en su contenido no afectan su identidad pues ésta permanece a pesar de los cambios. En ese tenor, en el caso de la Constitución, no es posible hablar de derechos adquiridos, tanto porque el procedimiento de reforma regulado en su artículo 135 no prevé límites materiales, sino en su caso, solamente formales, como porque los medios de control constitucional que prevé no le son aplicables a sí misma por un principio de coherencia. Así, acorde con la jerarquía de la Carta Fundamental, las normas constitucionales "originales", como creadoras y conformadoras del sistema jurídico, por un lado, determinan el significado de las demás y, por otro, tienen la capacidad de regular y modificar de manera permanente o temporal actos o situaciones jurídicas que ocurrieron previamente a su entrada en vigor, por disposición expresa, ya sea en su texto o en los artículos transitorios; en tanto que sus "reformas" pueden operar sobre hechos o situaciones ocurridos hacia el pasado no sólo por disposición expresa del órgano reformador, sino incluso por interpretación, de modo que su operatividad temporal no solamente es especial, sino que depende de diversas circunstancias, con independencia de que puede atribuir efectos retroactivos a sus normas de manera explícita (por disposición del Constituyente o del órgano reformador), o bien, implícita, a través de la jurisprudencia en el caso de normas que amplíen la esfera de derechos de los particulares, sin que ello se traduzca en una transgresión al principio de irretroactividad de la ley”. Registro: 2009818. Época: Décima Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del SJF Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. VIII/2015 (10a.). Página: 357. [Énfasis ajeno al texto original].

¹¹⁰ Folios 001 a 166 del Expediente.

veinticinco de octubre de dos mil diez,¹¹¹ mismo que se publicó en el DOF el diez de noviembre de dos mil diez, y no como erróneamente lo señala en su argumento del día diez de octubre.

2.3 De la prescripción y preclusión¹¹²

El procedimiento que nos ocupa y el OPR son improcedentes, pues ya no es jurídicamente posible imponer sanción alguna a Telcel por la causa a que se alude, pues (además de lo dicho en defensas precedentes) ha operado la prescripción respecto de la facultad para sancionar la conducta materia del expediente, amén de que por causas imputables a los Denunciantes (que no pidieron suspensión alguna sobre actos previos) precluyeron sus eventuales derechos respecto de Telcel.

En las fojas ochenta y tres; y ochenta y cuatro del OPR se sostiene que la conducta imputada a Telcel se llevó a cabo durante el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez.

Pues bien, en términos del artículo 34 bis 3 de la LFCE que se aplicó al procedimiento, las facultades para iniciar investigaciones que pudieran derivar en responsabilidad e imposición de sanciones de conformidad con la propia LFCE, se extinguen en cinco años a partir de que se llevó a cabo la conducta respectiva.

En observancia del principio pro homine contenido en el artículo primero de la CPEUM, debe adoptarse la interpretación más proteccionista de la disposición aludida de la LFCE respecto del imputado. Así, ante la falta de un plazo específico en la LFCE para la prescripción de las facultades sancionatorias, debe concluirse que los cinco años aludidos operan también para intentar imponer una sanción y en fin para emitir el OPR cuando corresponda. Esa es la única interpretación congruente y garantista, considerando que las leyes aplicables al procedimiento también limitan los plazos de cierre y decisión del periodo de investigación en un expediente, que en la especie también habría ya fenecido.

En ese sentido, ha operado en la especie la prescripción de las facultades de este Instituto para imputar y sancionar la conducta que se menciona en el OPR contra Telcel, ya que han transcurrido más de cinco años desde enero de dos mil siete, en que -según el texto del OPR- habría iniciado.

Ahora bien, debe precisarse que si bien en principio una sentencia en que se conceda al quejoso el amparo y protección de la Justicia de la Unión tiene el efecto de restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación, lo cierto es que en la especie debe entenderse que los Denunciantes como quejosos en el amparo que promovieron y que se menciona en el OPR no pidieron la suspensión de acto reclamado alguno ni de sus efectos, amén de que por estar ante el transcurso y vencimiento del plazo para la prescripción de las facultades sancionatorias de una autoridad respecto de una persona distinta de los quejosos, no basta el mero otorgamiento del amparo para que puedan restablecerse las cosas al estado que guardaban (es decir, como si aún fuese el año dos mil trece, no se hubiere decretado el cierre del Expediente y el OPR se hubiese emitido inmediatamente después de la terminación de la etapa de investigación). En el caso resultaba indispensable que, además, las quejas hubieran

¹¹¹ Folios 3236 a 3240 del Expediente.

¹¹² Folios 52843 a 52848 del Expediente.

solicitado la suspensión de la Resolución (por la que el Pleno de la CFC decretó el cierre del expediente) y/o de sus efectos, lo que no hicieron.

En efecto, como es del conocimiento de este Instituto, no obstante que estaban en posibilidad de hacerlo, los Denunciantes no solicitaron en su amparo la suspensión de los actos reclamados, ni en contra de la Resolución ni de la Resolución RA-007-2011, menos aún de sus efectos y consecuencias.

Ello, además, considerando que a ese juicio de garantías promovido por los Denunciantes en contra de las resoluciones aludidas, en términos del Séptimo Transitorio del Decreto, no le resultaba aplicable la prohibición de suspensión del acto reclamado ahora prevista en el artículo 28 de la CPEUM, ya que la Resolución fue emitida por la CFC, no así por la Cofece o el IFT.

Luego, al tratarse del plazo de prescripción de facultades sancionatorias, que conlleva un innegable beneficio en un diverso gobernado, lo cierto es que el otorgamiento de ese amparo a los Denunciantes no es susceptible de interrumpir ni de reponer el plazo aludido, que se consumó de forma irreparable a ese respecto.

A mayor abundamiento, cabe hacer las siguientes precisiones:

Debe tenerse en cuenta que la Resolución, tuvo como efecto que el plazo de prescripción no se hubiese visto interrumpido con el inicio de la investigación, pues constituye un principio general de derecho que sólo se interrumpe el plazo de prescripción con acciones o procedimientos que se entiendan procedentes (es decir, que no son desestimados).

Por ello, el procedimiento de investigación tramitado ante la CFC no fue susceptible de interrumpir el plazo de prescripción de las facultades sancionatorias, ya que se trató de un procedimiento que, en virtud de la Resolución, fue desestimado.

Así, suponiendo que el mero inicio de la etapa de investigación dentro del Expediente hubiese tenido como efecto la interrupción del plazo de prescripción, lo cierto es que esa interrupción quedó sin efectos en virtud de la Resolución, pues equivalió a una desestimación del Escrito de Denuncia. Es decir, la Resolución tuvo como efecto que la prescripción nunca hubiese sido interrumpida. Por ello, es claro que la Resolución sí tenía efectos materiales y jurídicos que eran susceptibles de suspensión en el juicio de amparo, para lo cual precluyó el derecho de los Denunciantes al no haberla solicitado.

Por otra parte, incluso suponiendo que la etapa de investigación del Expediente hubiese suspendido el plazo de prescripción, lo cierto es que han transcurrido más de cinco años desde que comenzó a realizarse la conducta que se dice es materia del Expediente, por lo que en todo caso ha operado la prescripción de las facultades sancionatorias.

En efecto, inclusive partiendo de lo que se considera en el OPR, si la conducta de Telcel hubiere comenzado en enero de dos mil siete, lo cierto es que entre el primero de enero de dos mil siete y el dieciséis de marzo de dos mil diez (fecha en que los Denunciantes presentaron su Escrito de Denuncia), transcurrieron tres años y dos meses. Entre esa presentación y la emisión de un acuerdo de admisión a trámite e inicio de investigación transcurrieron cinco meses más. Posteriormente, entre el tres de junio de dos mil trece que se emitió la Resolución y el seis de

mayo de dos mil quince (fecha de la sesión en que la SCJN emitió la Ejecutoria), transcurrió un año y once meses.

Suponiendo sin conceder que debiera contarse únicamente el tiempo en que no estuvo en trámite el procedimiento, lo cierto es que transcurrieron más de cinco años (tres años y dos meses más cinco meses más un año y once meses igual a seis años y medio), desde que se afirma en el OPR que habría iniciado la conducta imputada, por lo que prescribieron en todo caso las facultades sancionatorias para calificar los efectos que pudiese tener esa conducta.¹¹³

Finalmente, en realidad la conducta fáctica imputada habría empezado mucho antes de eso. Desde luego, lo iniciaron desde el año dos mil los competidores de Telcel en el servicio de telefonía móvil, pero ésta lo hizo como reacción a partir de dos mil cuatro como antes se dijo. Luego entonces, la conducta imputada en realidad inició mucho antes de lo que se dice en el OPR, cosa que condiciona indudablemente la aplicabilidad de la LFCE que invoca, así como la prescripción respectiva que indudablemente operó al haber transcurrido más de cinco años desde el inicio de la conducta hasta la presentación de la denuncia, ya no se diga la emisión del OPR y el emplazamiento a Telcel.

Así las cosas, ante la evidencia de prescripción y preclusión procesal, debe decretarse la absolucón de Telcel y abstenerse de imputarle cualquier clase de responsabilidad en este expediente.

¹¹³ Al respecto, Telcel refiere los siguientes criterios judiciales: **“PRESCRIPCIÓN EN MATERIA FISCAL. NO SE INTERRUMPE CUANDO EN UN JUICIO DE AMPARO NO SE CONCEDE LA SUSPENSIÓN.** No causa agravio a las autoridades fiscales el hecho de que no haya aceptado la Sala del Tribunal Fiscal de la Federación, el argumento de que no se consumó la prescripción en favor del causante, porque se estaba tramitando un juicio de amparo, si esta no fue la causa de la negativa de la prescripción solicitada, y en el amparo mencionado, no se concedió la suspensión y se dejó en libertad a la autoridad para ejercitar la facultad económico coactivo, esto es, para cobrar el impuesto y para exigir la presentación de las declaraciones, por lo que no existe la interrupción o suspensión del término de la prescripción.” Registro No. 802276. Localización: Jurisprudencia; 6a. Época; 2a. Sala; SJF.; Volumen CXXXII, Tercera Parte; Pág. 141. **“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN O DE COMPARECENCIA NO INTERRUMPE EL PLAZO PARA QUE OPERE AQUÉLLA, SIN EMBARGO, SI SE CONCEDE LA SUSPENSIÓN, EL TIEMPO QUE ÉSTA SUBSISTA DEBERÁ DESCONTARSE DEL NECESARIO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE DURANGO Y PUEBLA).** La institución de la prescripción constituye la adquisición o pérdida de un derecho o una acción por el simple transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley. En este tenor, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de la prescripción de la acción penal, ha sostenido que supone una inactividad del Ministerio Público en relación con el derecho de investigación y persecución del cual es titular, durante todo el tiempo que la ley señala como suficiente para su extinción, esto es, representa una condición objetiva necesaria para que se ejerza el poder punitivo estatal, cuyo fundamento radica no sólo en la autolimitación del Estado para ejercer su poder sancionador, sino también en la seguridad que todas las personas deben tener ante éste. Así, la institución mencionada, más que un beneficio para el inculpaado, constituye una sanción para la autoridad ministerial ante su inactividad o deficiente desempeño, porque la potestad sancionadora del Estado no puede extralimitarse del tiempo prefijado que condiciona su validez. De ahí que conforme a los artículos 115, 116, 118, 121, 122, 124, 125, 128 y 129 del Código Penal para el Estado de Durango, y 125, 126, 129 a 131, 134, 137 y 138 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, respectivamente, la sola presentación de la demanda de amparo indirecto contra una orden de aprehensión o de comparecencia no interrumpe el plazo para que opere la prescripción de la acción penal, sin embargo, si se concede la suspensión, el tiempo que ésta subsista deberá descontarse del necesario para que opere la prescripción, pues no libera a la autoridad de su omisión, ya que el referido proceso constitucional autónomo de amparo es el principal instrumento de tutela constitucional de naturaleza jurisdiccional que puede promover un particular, por lo que sería un contrasentido que la actividad del quejoso, en defensa de sus derechos fundamentales, beneficié al órgano estatal obligado a actuar para no caer en la prescripción; sostener lo contrario equivaldría a desincentivar a los gobernados de hacer uso del recurso eficaz y sencillo que tanto la Constitución General de la República, como los tratados internacionales establecen para tutelar y proteger sus derechos humanos. En consecuencia, si mediante la promoción del amparo se obtiene la suspensión, tomando en cuenta su naturaleza jurídica, el tiempo que ésta subsista deberá descontarse del plazo necesario para que opere la prescripción de la acción penal, en tanto que en ese lapso la autoridad estatal no pudo cumplimentar la orden de aprehensión o de comparecencia reclamadas, porque la inactividad no resultó imputable al propio Estado, sino que deriva de la existencia de un mandato de suspensión decretado por el juzgador de amparo, a instancias del propio gobernado.” Registro No. 2003877 Localización: Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; 1a./J. 15/2013 (10a.), SJF y su Gaceta; Libro XXI, Junio de 2013; Tomo 1; Pág. 497.

Las manifestaciones que se atienden son **infundadas**, en atención a las siguientes consideraciones:

Telcel intenta darle una interpretación distinta a la literalidad del artículo 34 Bis 3 de la LFCE; sin embargo, no es necesario realizar ningún tipo de interpretación al respecto, toda vez que el contenido del artículo es claro al determinar lo siguiente:

“Artículo 34 Bis 3.- Las facultades de la Comisión **para iniciar las investigaciones** que pudieran derivar en responsabilidad e imposición de sanciones, de conformidad con esta Ley, **se extinguen en el plazo de cinco años contados a partir de que se realizó la conducta** prohibida por esta Ley”.

De la lectura del precepto citado se advierte claramente que lo que es susceptible de extinción son las facultades de la autoridad para **iniciar** las investigaciones y de ninguna manera se puede entender que las facultades sancionatorias se extinguirán en un plazo igual al señalado en el artículo 34 Bis 3 como erróneamente lo señala Telcel.

No obstante que en la normatividad aplicable a la materia no se especifique un plazo para que se extingan las facultades sancionatorias de la autoridad, ello no implica que se le deba dar la interpretación a la que alude Telcel, máxime, si se trata de la LFCE, cuyo fin es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en todas las áreas de la economía nacional, mediante la prevención, sanción y eliminación de monopolios y prácticas monopólicas y demás sistemas que afecten el expedito funcionamiento del mercado. Asimismo, la LFCE al ser reglamentaria del artículo 28 de la CPEUM es de orden público e interés social.

En este sentido, resultan erróneas las manifestaciones de Telcel respecto de que han prescrito las facultades de este Instituto para sancionarle, en caso de que se acredite la comisión de la práctica monopólica relativa imputada en el OPR a Telcel.

Por otra parte, las manifestaciones de Telcel respecto de la Ejecutoria y que los Denunciantes debieron solicitar la suspensión de la Resolución devienen **inoperantes** ya que esa conclusión parte de la premisa errónea de que las facultades sancionatorias de la autoridad se extinguen en el mismo plazo que las facultades de investigación de la autoridad, por lo tanto, las manifestaciones de Telcel carecen de sustento jurídico, lo que impide a esta autoridad analizar sus pretensiones.

En este mismo sentido, la emplazada pierde de vista que las conductas investigadas en el Expediente son del periodo comprendido entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez, mientras que el acuerdo de inicio para investigar las prácticas del Expediente se emitió el veinticinco de octubre de dos mil diez, cuyo extracto fue publicado en el DOF el diez de noviembre de dos mil diez.

Si bien Telcel realiza el cálculo de los cinco años mediante diversas hipótesis, ninguna de estas es correcta, ya que en ningún momento la Ejecutoria ordenó iniciar una nueva investigación y por lo mismo, la Autoridad Investigadora de este Instituto no emitió un nuevo acuerdo de inicio de investigación de las prácticas que se analizan en el Expediente. Es decir, en atención a la Ejecutoria, la Autoridad Investigadora concluyó con el pronunciamiento que consideró pertinente, lo cual, no quiere decir que el inicio de la investigación por la entonces CFC hubiese quedado sin efectos; en todo caso la Ejecutoria dejó sin efectos la Resolución.

Finalmente, las manifestaciones de Telcel respecto de que los competidores de Telcel en el servicio de telefonía móvil iniciaron con la práctica imputada desde el año dos mil, y que Telcel la realizó como reacción a partir del año dos mil cuatro, devienen **inoperantes** por **genéricas**, toda vez que la

emplazada no formula argumentos lógico-jurídicos para sustentar sus aseveraciones, así como tampoco ofreció elementos que permitan a esta autoridad corroborar su dicho.

2.4 De la falta de apercibimiento¹¹⁴

El OPR, la substanciación del presente procedimiento y, en consecuencia, la imposición de sanciones que se pretende son improcedentes e ilegales, en virtud de que no se emitió ni notificó acto de cualquier autoridad a este respecto en el que se contuviera un requerimiento preciso bajo apercibimiento alguno dirigido a Telcel.

En efecto, basta la lectura del OPR para comprobar que la Autoridad Investigadora no mencionado ni ha hecho del conocimiento de Telcel las normas que contienen las sanciones a las que estima podría hacerse acreedora en caso de que se determinara que cometió la práctica monopólica relativa de la que se le acusa, lo que la deja en indefensión.

Es decir, en realidad nunca se formuló un apercibimiento a Telcel en el sentido de que las conductas que se le imputan hubieren podido constituir una violación de la LFCE, por lo que no es posible ahora pretender sancionarle al respecto.

Además, es claro que ni en el OPR que se contesta ni en acto cualquiera que le anteciedera se contiene apercibimiento alguno a ese respecto, pues ninguna autoridad refirió ni advirtió a Telcel cuál sería la consecuencia sancionatoria particular que se podría imponer en el caso y la norma que lo prevé, menos aún se hizo con anterioridad al dos mil siete, ni al dos mil cuatro.

Ahora bien, el vocablo apercibir significa advertir, amonestar, prevenir, preparar lo necesario con algún objetivo, observar o hacer saber a la persona requerida las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas.

El apercibimiento constituye un presupuesto o requisito esencial marcado por la ley para poder iniciar un procedimiento y sancionar a Telcel, ya que sólo de esa manera sería advertida, prevenida y consciente de las consecuencias que podrían imponerse en la resolución de este Expediente. Luego, si el apercibimiento no fue formulado, la sanción no puede ser impuesta.

Como se desprende de los criterios que adelante se transcriben, para que se respeten los derechos de los particulares al pretender imponerles una sanción por la violación de alguna disposición, es menester que en primer lugar hayan tenido conocimiento de un requerimiento con apercibimiento que se hubiera formulado expresamente. Además, al emitir esa orden o requerimiento debe existir en ella un apercibimiento concreto y preciso que le advierta al destinatario cuál será la sanción particular que sería aplicada en caso de que se emita una resolución desfavorable, que ese apercibimiento sea previo y que, además, sea fehacientemente notificado.

Ni en actos previos ni en el OPR se precisa ni se menciona la norma que contendría la sanción que podría imponérsele ni mucho menos se describe esa posible sanción.

En observancia de los derechos de defensa y de seguridad jurídica de Telcel, las autoridades del asunto y ahora la Autoridad Investigadora tenía el deber de informar a Telcel las posibles consecuencias que tendría o podría tener una eventual resolución en que se concluyera que se

¹¹⁴ Folios 52848 a 52854 del Expediente.

demonstró la supuesta responsabilidad de Telcel en la comisión de la práctica monopólica relativa.

Por lo anterior, es ilegal que se pretenda sancionar a Telcel, cuando previamente no se le apercibió para el caso de incumplimiento en esos términos, situación que vulnera sus derechos y le ha dejado en estado de indefensión e inseguridad jurídica, pues no le ha permitido ejercer de forma plena su derecho a la defensa, combatiendo la aplicabilidad de la norma sancionatoria, si es que existiese.

Precisamente por eso, no puede imponerse sanción alguna a Telcel, porque de hacerlo, tomando en consideración que no fue requerida ni apercibida en los términos debidos e indicados, se estaría ante una franca y manifiesta violación de las formalidades esenciales de todo procedimiento y de la garantía de audiencia.¹¹⁵

¹¹⁵ Sirva de apoyo los siguientes criterios: i) **“FALTA DE APERCIBIMIENTO EN UNA SOLICITUD DE DOCUMENTACIÓN PARA EL EJERCICIO DE FACULTADES DE COMPROBACIÓN PRODUCE LA NULIDAD DE LA MULTA IMPUESTA POR SU INCUMPLIMIENTO.** Si la autoridad hacendaría impone una multa al contribuyente por no proporcionar la documentación que le fue requerida en una solicitud de documentación para el ejercicio de facultades de comprobación, sin que en ella formule apercibimiento alguno para el caso de incumplimiento, dicha sanción carece de sustento legal y produce su nulidad, toda vez que el requerimiento genérico en el que se apoya constituye un acto de autoridad, que infringe la garantía de legalidad y seguridad jurídica prevista en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional, en la medida en que la autoridad no formula apercibimiento alguno, esto es, no le previene al particular, ni le hace saber las consecuencias o sanciones aplicables en el caso de desobediencia o incumplimiento a lo requerido; así como el precepto o preceptos legales que las contemplan, pues al omitir dichos señalamientos, al contribuyente se le deja en estado de indefensión, al no estar en aptitud de deducir si al no proporcionar la documentación solicitada o parte de ella, podría ser motivo de una infracción y, en su caso, cuál sería la sanción aplicable; así como el precepto o los preceptos que las contemplaban.” Quinta Época, Segunda Sala Regional del Norte-Centro 11 (Torreón, Coah.), R.T.F.J.F.A.: Quinta Época. Año 111. No. 31. Julio 2003. Tesis: V-TASR-XXXII-682, página 291; ii) **“MULTA ADMINISTRATIVA.- PREVIAMENTE A SU IMPOSICIÓN DEBE NOTIFICARSE FEHACIENTEMENTE EL OFICIO EN QUE SE EFECTUÓ EL REQUERIMIENTO Y APERCIBIMIENTO AL PARTICULAR.** Cuando las multas impuestas por la autoridad por incurrir el particular en alguna omisión, respecto de obligaciones que le impone la Ley relativas o su actividad, tienen como antecedente diverso oficio, mediante el cual se le requirió y apercibió para que en cierto término a partir de su notificación hiciera valer sus defensas y en el supuesto de no atender dicho requerimiento se le aplicaría la sanción, resulta obvio que previamente a la imposición de la multa debe notificarse en forma legal el oficio que le sirve de antecedente.” Segunda Época, Pleno R.T.F.F. Año VI. No. 59. Noviembre 1984. Tesis: 11-TASS-6902, página 374; iii) **“PRUEBA PERICIAL EN EL AMPARO. EL REQUERIMIENTO QUE NO CUMPLE EL QUEJOSO PARA QUE HAGA COMPARECER A SU PERITO, ES INSUFICIENTE PARA DECLARAR LA DESERCIÓN, SI NO SE LE APERCIBIÓ.** Si el Juez de Distrito requiere al quejoso para que presente a su perito a rendir su dictamen y protestar el cargo, sin apercibirlo para el caso de que no dé cumplimiento a dicho requerimiento, y ante el incumplimiento del quejoso declara desierta la prueba pericial ofrecida, tal determinación resulta indebida e infringe lo dispuesto por el artículo 151 de la Ley de Amparo, por cuanto que al no mediar el apercibimiento respectivo, el Juez Federal no podía aplicar sanción alguna por no haber advertido al oferente sobre las consecuencias de su incumplimiento.” Registro No. 195551 Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; TCC.; SJF y su Gaceta; Tomo VIII, Septiembre de 1998; 1194. X.2o.10 K. página; iv) **“MEDIOS DE APREMIO, DEBE APERCIBIRSE AL OBLIGADO ANTES DE IMPONERSE LOS.** De conformidad con la doctrina, la aplicabilidad de los medios de apremio está sujeta a las siguientes condiciones: a) existencia de una determinación, justa y fundada en derecho, que deba ser cumplida por alguna de las partes, o por alguna de las personas involucradas en el juicio; b) que esa determinación haya sido real y efectivamente notificada al obligado, con el apercibimiento de que de no ser obedecida se le aplicarán los medios de apremio; c) que conste en autos, o por lo menos que de ellos se desprenda, la oposición o la negativa del obligado a obedecer el mandamiento judicial; y d) que haya razón grave, a juicio del Juez, para decretar el medio de apremio. Y, en estas condiciones, antes de imponer un medio de apremio debe apercibirse al obligado a cumplir con la determinación de la autoridad de que se trata, aun cuando la ley de la materia no lo ordene así, pues de lo contrario se le priva de la oportunidad de defenderse, esto es, de manifestar las razones por

Así las cosas, el procedimiento que nos ocupa resulta improcedente por lo que no ha de imponerse sanción alguna a Telcel.

Las manifestaciones de Telcel resultan **inoperantes** por partir de **una premisa errónea**, toda vez que confunde la naturaleza del apercibimiento como medida de apremio con la sanción derivada de la infracción de una Ley. Lo anterior, en atención a las siguientes consideraciones:

Es pertinente distinguir entre ambas figuras, las multas como medida de apremio son herramientas para vencer la contumacia de los particulares para cumplir con una determinación de la autoridad.

las cuales no está en condiciones de cumplir con el mandamiento de que se trate o, bien, de expresar los motivos por los cuales se opone a cumplir con ese mandato, con manifiesta violación de la garantía de audiencia a que se refiere el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Federal.” Número de registro: 250091; Tesis Aislada, 7a. Época; TCC, SJF.; Volumen 163-168, Sexta Parte; Pág. 100; v) **“MEDIOS DE APREMIO. SU FINALIDAD CONSISTE EN HACER CUMPLIR LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debe destacarse que los medios de apremio que regula dicho numeral, tienen como finalidad conseguir el cumplimiento de las determinaciones que dicten los Jueces, obligando a las personas a través de tales medios a que los acaten; pero para ello se requiere en primer lugar que se dé la existencia previa del apercibimiento respectivo; en segundo término que conste en forma indubitable que a quien se pretenda imponer la medida correspondiente, conozca a qué se expone en caso de desacato o resistencia a lo que ordena la autoridad judicial; y, en tercer lugar, que la persona a quien se imponga la sanción, sea la que efectivamente se haya opuesto a la diligencia u orden de que se trate y no persona distinta.” Número de registro: 193425; Localización: Jurisprudencia; 9a. Época; TCC; SJF y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; 687. I.6o.C. J/18. , página; vi) **“MEDIDAS DE APREMIO. EL APERCIBIMIENTO ES UN REQUISITO MÍNIMO QUE DEBE REUNIR EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD PARA QUE SEA LEGAL LA APLICACIÓN DE AQUÉLLAS (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS DE NUEVO LEÓN Y CHIAPAS).** Si bien dentro de las legislaciones procesales civiles del Distrito Federal y de los Estados de Nuevo León y Chiapas, no se encuentra específicamente reglamentado el procedimiento para la imposición de una medida de apremio, dado que únicamente se enumeran cuáles se pueden aplicar, y tomando en consideración que el apercibimiento es una prevención especial de la autoridad hacia la persona a quien va dirigido el mandamiento, que especifica un hacer o dejar de hacer algo que debe cumplirse, que se concreta en una advertencia conminatoria respecto de una sanción que se puede aplicar en caso de incumplimiento, puede concluirse que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal que consagran los principios de legalidad y seguridad jurídica, para que sea legal la aplicación de la medida, la autoridad debe emitir su mandamiento en términos y bajo las condiciones establecidas por dichos principios para que el gobernado tenga la certeza de que aquél está conforme con las disposiciones legales y sus atribuciones; así, los requisitos mínimos que tal mandamiento debe contener son: 1) La existencia de una determinación jurisdiccional debidamente fundada y motivada, que deba ser cumplida por las partes por alguna de las personas involucradas en el litigio, y 2) La comunicación oportuna, mediante notificación personal al obligado, con el apercibimiento de que, de no obedecerla, se le aplicará una medida de apremio precisa y concreta.” Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Junio de 2001; Pág. 122. 1a./J. 20/2001. Registro No. 189438; vii) **“PRUEBA CONFESIONAL. REQUISITOS PARA TENER POR CONFESO AL ABSOLVENTE CUANDO RESPONDE DE MANERA EVASIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).** En el artículo 440 del Código de Procedimientos Civiles que rige en esta entidad, el legislador estableció en forma terminante, que cuando las respuestas sean evasivas, el Juez deberá apercibir al absolvente de tenerlo por confeso, en caso de no dar una respuesta categórica y terminante, y sólo para el supuesto de que a pesar de ese apercibimiento sus respuestas sigan siendo evasivas, se le tendrá por confeso; de ahí que resulta incuestionable que para que pueda aplicarse en perjuicio del absolvente la sanción a que se refiere la disposición legal en cita -tenerlo por confeso-, resulta indispensable que en autos esté acreditado de manera fehaciente, y no a base de presunciones, que al absolvente se le hicieron los apercibimientos de ley, y que a pesar de ello éste persistió en sus respuestas evasivas e indeterminadas.” Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Junio de 2000; Pág. 596. XI.2o.92 C. Registro No. 191713; y viii) **“SANCIONES.** El hecho de que las autoridades estén en aptitud de sancionar, dado su apercibimiento, es lo que configura la inminencia de la sanción, y, por consiguiente, su certeza”. Localización: [TA]; 6a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Volumen LI, Tercera Parte; Pág. 117 Registro No. 267366.

No son sanciones por violación a una ley. En materia de competencia su imposición no viola la garantía de audiencia.¹¹⁶

Así, para estar en aptitud de imponer una multa como medida de apremio, basta el apercibimiento previo de autoridad. Sin embargo, para imponer una sanción por la infracción a una ley, el requisito previo es el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, cuestión que se cumple a cabalidad en el asunto ventilado en el Expediente. Con el OPR se emplazó al probable responsable al procedimiento, se le dio la oportunidad de manifestarse sobre las imputaciones, de ofrecer y desahogarse las pruebas ofrecidas, de expresar alegatos y con la presente resolución culmina el procedimiento. Por lo tanto, la infracción que pudiese derivar de las imputaciones del OPR no requiere de un apercibimiento previo.

Como lo señala la emplazada, apercibir significa “[...] *advertir, amonestar, prevenir, preparar lo necesario para alguna cosa, observar o hacer saber a la persona requerida las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas*”, es decir, el apercibimiento es una prevención que da a conocer a la persona requerida las consecuencias que generan no acatar la obligación que impone una ley o un juzgador. El apercibimiento como medida disciplinaria o acto de molestia va a importar una sanción, no a una obligación o determinada conducta, sino a la desobediencia de cualquier decisión que no nace de la propia ley, sino de una apreciación del juzgador.¹¹⁷

Lo anterior se puede ver reflejado en los siguientes resolutivos del OPR:

“[...]”

¹¹⁶ Sirve de apoyo el siguiente criterio judicial: **“MULTAS EN EL JUICIO DE AMPARO POR INCUMPLIR EL REQUERIMIENTO DEL JUEZ FEDERAL. CUANDO SE IMPONEN CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 59, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE APLICACIÓN SUPLETORIA, ES INNECESARIO ANALIZAR SI EXISTIÓ MALA FE DEL INFRACTOR COMO LO PREVÉ EL ARTÍCULO 3o. BIS DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013)**. En el juicio de amparo hay dos grupos de multas que podrían distinguirse de la siguiente manera: I. Las impuestas por la violación a alguna disposición de la Ley de Amparo abrogada, dentro de las que se encuentran las establecidas en los artículos 16, segundo párrafo; 32, último párrafo; 41; 51, último párrafo; 61, último párrafo; 71; 74, fracción IV; 81; 90, último párrafo; 100; 102; 119; 134; 149, penúltimo párrafo; 152, penúltimo párrafo; 153, último párrafo; 164, párrafo segundo; 169, último párrafo y 224, párrafo segundo; y II. Las que se imponen por desacato a un mandato judicial con fundamento en el artículo 59, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en términos del artículo 2o. de la mencionada ley, donde se contempla la multa como medida de apremio tendente a garantizar el cumplimiento o efectividad de las resoluciones que emiten los Jueces o tribunales. De acuerdo a lo anterior, el ámbito legal de aplicación del indicado artículo 3o. Bis, al precisar que se refiere a “las multas previstas en esta ley”, sirve para garantizar la legalidad de las multas identificadas con el número I; mientras que las señaladas con el número II se aplican por incumplimiento a un mandato del Juez Federal, es decir, constituyen una medida de apremio para hacer efectivo el cumplimiento de sus resoluciones y respecto de las cuales no es menester analizar, en su caso, la mala fe o no en la conducta del infractor, sino que la legalidad de estas multas deriva de que se observen otras formalidades, consistentes en que: 1. Exista un mandamiento legítimo de autoridad; 2. Al pronunciarse dicho mandato se aperciba al obligado que en caso de no cumplirlo se le impondrá un medio de apremio; 3. Se determine con precisión el medio de apremio a aplicar previsto en la ley; 4. Se notifique el mandato al sujeto obligado a su cumplimiento; y, 5. A partir de que surta efectos la notificación del auto que contiene el mandato legítimo de autoridad, sin que se hubiera cumplido en el término concedido, se haga efectivo el medio de apremio al contumaz”. Época: Décima Época. Registro: 2007241. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del SJF, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 74/2014 (10a.). Página: 845.

¹¹⁷ Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/912/912435.pdf>

Segundo.- Con fundamento en los artículos 34, fracción I de la LFCE; 8, primer párrafo, del RLFC; así como 62, primer párrafo y fracción XXXVII, y 63, fracción VI del Estatuto Orgánico, **se previene a la emplazada** para que al presentar su contestación al OPR acredite la personalidad de quien promueve mediante original o copia certificada del documento o instrumento que contenga las facultades suficientes para ello, en el caso de que no hubiera acreditado su personalidad durante la investigación. Lo anterior, **bajo el apercibimiento** de que de no hacerlo así, sus escritos se tendrán por no presentados.

[...]

Cuarto.- Con fundamento en los artículos 34, fracción I, y 36 de la LFCE, así como 62, primer párrafo y fracción XXXVII, y 63, fracciones II y VI del Estatuto Orgánico, **se requiere a la emplazada** para que dentro de su escrito de contestación al presente OPR se sirva presentar los estados financieros del último ejercicio fiscal, así como su Registro Federal de Contribuyentes y domicilio fiscal, a efecto de que este Instituto, en su caso, pueda verificar su capacidad económica, según lo establece el artículo 36 de la LFCE, **bajo el apercibimiento** que, de no hacerlo así, se presumirá que cuentan con la capacidad económica necesaria para hacer frente a las sanciones que, en su caso, llegue a imponer el Pleno de este Instituto en términos del artículo 35 de la LFCE.

[...]”.

De la transcripción anterior, se desprende que en el OPR se le apercibió a la emplazada con la finalidad de que acate una obligación que le impone la autoridad, dichas obligaciones consisten en: **i)** acreditar la personalidad de quien promueva al presentar la contestación al OPR; y **ii)** que en su contestación al OPR, presente los estados financieros del último ejercicio fiscal, así como su Registro Federal de Contribuyentes y domicilio fiscal.

Ahora bien, el apercibimiento consiste en prevenir al emplazado y hacerle saber las consecuencias en caso de que no acate la orden de la autoridad, esto es, en caso de que no acredite la personalidad de quien promueve al presentar su escrito de contestación al OPR, la consecuencia inmediata es que dicho escrito se tendrá por no presentado. En el supuesto de que en su contestación al OPR no anexe, como lo ordena la autoridad, los estados financieros del último ejercicio fiscal, así como su Registro Federal de Contribuyentes y no señale su domicilio fiscal, se presumirá que cuenta con la capacidad económica necesaria para hacer frente a las sanciones que, en su caso, llegaran a imponerse.

De lo anterior, se desprende que el apercibimiento deriva de un hecho cierto, es decir, de una orden que realiza la autoridad a determinada persona. En el asunto en cuestión, el hecho cierto es que la autoridad le ordenó a la emplazada acreditar la personalidad de quien promueve y le apercibe que en el caso de no acreditar dicha personalidad, se tendría por no presentado el escrito.

En virtud de lo anterior, las apreciaciones de Telcel son erróneas al señalar que no se le puede imponer una sanción ya que no se le apercibió que podía ser sancionado en el supuesto de que esta autoridad determinara la acreditación de la conducta imputada en el OPR a Telcel. No es aplicable la figura del apercibimiento, como se desprende del análisis del presente apartado.

En virtud de lo anterior, los criterios referidos por la emplazada no resultan aplicables, toda vez que como ya se señaló no se puede decretar un apercibimiento respecto de un hecho incierto, es decir, no se puede apercibir de la posible imposición de una multa, pues un pronunciamiento de esa

naturaleza equivaldría a pasar por alto las formalidades esenciales del procedimiento, lo que sí afectaría al particular.

Finalmente, las sanciones a las cuales pueden ser acreedores los agentes económicos que incurran en prácticas monopólicas se encuentran en el artículo 35 de la LFCE.

Del referido artículo, se desprende claramente la multa máxima que la autoridad puede imponer por la comisión de prácticas monopólicas relativas una vez que se lleve a cabo la sustanciación del procedimiento seguido en forma de juicio, en virtud de lo anterior, no se deja en estado de indefensión a la emplazada ya que tiene conocimiento de la multa máxima a la que puede ser acreedora en caso de que así lo determine la autoridad.

2.5 De la falta de emplazamiento legal¹¹⁸

La substanciación del presente procedimiento y la imputación de responsabilidad a Telcel que se pretende resultan improcedentes e ilegales en virtud de que Telcel no ha sido debidamente emplazado, con lo cual se han violado las formalidades esenciales del procedimiento y se le ha dejado en estado de indefensión.

En efecto, como se manifestó en el apartado de contestación a los antecedentes, Telcel fue ilegalmente emplazada al presente procedimiento, lo que afectó gravemente su derecho a una defensa adecuada.

El segundo párrafo del artículo 14 de la CPEUM establece:

“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

La interpretación y el alcance de este imperativo constitucional son los siguientes:

El derecho fundamental de audiencia se integra de cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son: 1) el juicio previo al acto de privación; 2) que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; 3) que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; y 4) que se juzgue con base a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Estas cuatro garantías específicas son necesariamente concurrentes. En tanto que la garantía de audiencia se forma con la conjunción indispensable de las cuatro, la exigencia constitucional se entiende vulnerada con la sola violación de una de ellas.

El concepto de juicio previo a que se refiere este derecho fundamental abarca todo procedimiento, es decir, toda secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad. Por tanto, el respeto de esta garantía de audiencia incluye a las autoridades distintas de los tribunales que si bien tienen funciones formalmente administrativas gozan de facultades materialmente jurisdiccionales. Así lo ha resuelto la SCJN:

“No es exacto que sólo las autoridades judiciales son constitucionalmente competentes para privar de sus propiedades y derechos a los particulares, en los casos en que la ley aplicable así

¹¹⁸ Folios 52868 a 52875 del Expediente.

lo prevenga. Si bien, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional exige para ello "juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos", es tradicional la interpretación relativa a que los tribunales previamente establecidos no son exclusivamente los judiciales, sino también las autoridades administrativas, a quienes la ley ordinaria confiere competencia para ello, pero eso sí, respetando la previa audiencia, la irretroactividad de la ley, las formalidades esenciales del procedimiento y la aplicación exacta de la ley. Esta interpretación tradicional se debe a que por la complejidad de la vida moderna sería imposible que el Estado cumpliera sus funciones públicas con acierto, prontitud y eficacia, si tuviera siempre que acudir a los tribunales judiciales para hacer efectivas sanciones establecidas en las leyes".¹¹⁹

Por la misma razón, el derecho de audiencia previsto en el artículo 14 de la CPEUM no sólo es operante frente a los tribunales propiamente dichos, es decir, frente a los órganos del Estado que están legalmente adscritos al PJF, sino que su cumplimiento también es obligatorio para las autoridades administrativas de cualquier tipo ante las que deba seguirse un procedimiento.

Conviene precisar, además, que el concepto mediante juicio significa que debe seguirse un procedimiento previo a la emisión del acto de autoridad.

Las formalidades esenciales del procedimiento se constituyen por la serie de actos concatenados entre sí que se deben llevar a cabo para dirimir una contienda, para declarar un derecho, imponer una condena o, en general, para fijar una situación jurídica respecto de un particular. Son esenciales todos los actos que necesariamente deben verificarse para que no quede duda de que el particular ha sido auténticamente oído en el procedimiento de que se trata.

Un juicio reunirá en su desarrollo las formalidades esenciales del procedimiento, si las leyes que lo regulan y las autoridades que lo tramitan, establecen y cumplen los siguientes requisitos fundamentales: 1) que el particular tenga conocimiento del inicio del procedimiento; 2) que además tenga conocimiento de la cuestión a debate y de las consecuencias que se producirán en caso de que prospere la acción; 3) que se le dé oportunidad de presentar sus defensas; 4) que se organice un sistema de comprobación o confirmación para que quien afirme o sostenga una cosa lo demuestre y quien sostenga lo contrario pueda también comprobarlo; 5) que se dé oportunidad a las partes de formular o presentar alegaciones; y, 6) que el procedimiento concluya con una resolución que decida sobre la cuestión debatida y, al mismo tiempo, fije la forma como ha de cumplirse.

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha resuelto que el particular no puede ser llamado a la mitad del procedimiento sino que debe ser notificado de su existencia desde su inicio, para que de esa forma tenga en plenitud la oportunidad defensiva que le concede la CPEUM en todas las etapas del procedimiento.¹²⁰

¹¹⁹ Informe de 1969. Tribunal Pleno, Primera Parte, página 216.

¹²⁰ Sirva de apoyo el siguiente criterio: "**FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.** La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se

“Ahora bien, la decisión de un conflicto jurídico impone la inaplazable necesidad de conocer éste, y para que el órgano decisorio (tribunal previamente establecido) tenga real y verdadero conocimiento del mismo, se requiere que el sujeto respecto del que se suscita manifieste sus pretensiones. De esta manera, la autoridad que va a dirimir dicho conflicto, esto es, que va a decir el derecho en el mismo, tiene como obligación ineludible, inherente a toda función jurisdiccional, la de otorgar la oportunidad de defensa para que la persona que vaya a ser víctima de un acto de privación externa sus pretensiones opositoras al mismo. Es por ello por lo que cualquier ordenamiento adjetivo, bien sea civil, penal o administrativo, que regule la función jurisdiccional en diferentes materias, debe por modo necesario y en aras de la índole misma de esta función, estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición, lo que se traduce en diversos actos procesales, siendo el principal la notificación al presunto afectado de las exigencias del particular o de la autoridad, en sus respectivos casos, tendientes a la obtención de la privación.”¹²¹

Ahora bien, el simple hecho de que el gobernado sea llamado al juicio o procedimiento en forma de juicio desde el inicio no es suficiente para cumplir con las exigencias constitucionales, puesto que además es menester que se le permita ejercer una real y verdadera defensa, que sólo será posible si al notificarle sobre el procedimiento se le informa también sobre las imputaciones que se le han hecho y se corre traslado con todas las pretensiones y documentos presentados por su contraparte o por el promovente de la instancia.

Consecuentemente, la primera notificación o emplazamiento del gobernado al procedimiento administrativo no será correcta ni suficiente, ni cumplirá con los extremos exigidos constitucionalmente, si no es tal que permita que se tenga una verdadera y completa oportunidad de defensa.

Para ello, es menester que el interesado cuente con todos los elementos que le permitan presentar de manera informada y completa sus argumentos de defensa. En ese sentido, resulta indispensable que al ser emplazado se le corra traslado, se le entreguen los instrumentos o documentos que contengan la solicitud de la autoridad o del sujeto que hubiese solicitado el

traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.” Número de registro 205679. Localización: Tesis Aislada; 8a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; Número. 53, 34. P. LV/92. Mayo de 1992; página.

“AUDIENCIA, GARANTIA DE, REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS LEYES PROCESALES EN RESPETO A LA. De acuerdo con el espíritu que anima el artículo 14 constitucional, a fin de que la ley que establece un procedimiento administrativo, satisfaga la garantía de audiencia, debe darse oportunidad a los afectados para que sean oídos en defensa, antes de ser privados de sus propiedades, posesiones o derechos, con la única condición de que se respeten las formalidades esenciales de todo procedimiento. Este debe contener "etapas procesales", las que pueden reducirse a cuatro: una etapa primaria, en la cual se entere al afectado sobre la materia que versará el propio procedimiento, que se traduce siempre en un acto de notificación, que tiene por finalidad que conozca de la existencia del procedimiento mismo y dejarlo en aptitud de preparar su defensa; una segunda, que es la relativa a la dilación probatoria, en que se pueda aportar los medios convictivos que estime pertinentes; la subsecuente es la relativa a los alegatos en que se dé oportunidad de exponer las razones y consideraciones legales correspondientes y, por último, debe dictarse resolución que decida sobre el asunto.” Número de registro 232627; Localización: Tesis Aislada; 7a. Época; Pleno; SJF, Volumen 115-120, Primera Parte; página. 15.

¹²¹ BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 17ª edición, México, 1983, Editorial Porrúa, pp. 547-548.

inicio del procedimiento y la resolución respectiva, del tal suerte que el propio afectado pueda contestarlos y refutarlos.

En esos términos, el CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE, establece lo siguiente:

Artículo 276.- Todo litigante, con su primera promoción, presentará:

I.- El documento o documento que acrediten el carácter en que se presente en el negocio, en caso de tener representación legal de alguna persona o corporación, o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona; hecha excepción de los casos de gestión oficiosa y de aquellos en que la representación le corresponda por disposición de la ley;

II.- El número de copias simples necesario para correr traslado a las demás partes, tanto de la demanda principal o incidental como de los documentos que con ellas se acompañen. No se dará entrada a la promoción si no se acompañan las copias. Esta disposición es aplicable a todos los casos en que haya que correrse traslado de la promoción.

La presentación extemporánea de las copias acarrea las mismas consecuencias que la presentación extemporánea de la promoción.

Artículo 304.- La resolución en que se mande hacer una notificación, citación o emplazamiento, expresará el objeto de la diligencia y los nombres de las personas con quienes ésta deba practicarse.

CAPITULO II. Emplazamiento

Artículo 327.- De la demanda admitida se correrá traslado a la persona contra quien se proponga, emplazándola para que la conteste dentro de nueve días, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia.

Si el demandado residiere en el extranjero se ampliará prudentemente el término de emplazamiento, atendiendo a la distancia y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones.

Cuando los demandados fueren varios, el término para contestar les correrá individualmente.

Es así como la legislación aplicable a este procedimiento impone la necesidad de que al emplazar al gobernado en contra de quien se ha iniciado la instancia, debe correrse traslado de todos y cada uno de los actos y documentos en virtud de los cuales se promovió la causa, entregándole copia de los mismos.

Ahora bien, en la especie, al practicar la notificación a Telcel del OPR emplazándole a este procedimiento, no se corrió traslado a Telcel con ninguno de los documentos a que en él se hace referencia.

En concreto, se omitió correr traslado a Telcel con los siguientes documentos e información:

- Escrito de Denuncia y anexos (antecedente primero).
- Acuerdo de desechamiento (antecedente segundo).

- Recurso de reconsideración presentado por los Denunciantes contra el desechamiento de la denuncia (antecedente tercero).
- Resolución de diecinueve de agosto de dos mil once dictada por el Pleno de la CFC, recaído al recurso de reconsideración de los Denunciantes y por la que se revocó el desechamiento de la denuncia (antecedente cuarto).
- Acuerdo de inicio de la investigación, de veinticinco de octubre de dos mil diez (antecedente quinto).
- Acuerdos de ampliación del periodo de investigación (antecedente quinto).
- Requerimientos de información y escritos y oficios de desahogo (antecedente quinto).
- Acuerdos de integración de información de Internet e información incorporada (antecedente quinto).
- Acuerdos de incorporación de información de otros expedientes e información incorporada (antecedente quinto).
- La Resolución (antecedente sexto).

Telcel no fue emplazada a este procedimiento en la forma y términos que exigen la Constitución y las leyes, con lo cual se han violado sus derechos procesales y se le ha dejado en estado de indefensión.

Ahora bien, con independencia de que esos actos no fueron entregados ni notificados a Telcel por las autoridades de la CFC en su momento, lo cierto es que de cualquier manera la Autoridad Investigadora debió correrle traslado con todo acto o elemento que pretendidamente diera sustento al OPR del presente procedimiento al emplazarla, pues ésta es la exigencia constitucional y legal que se ha descrito.

Lo cierto es que, además de ser un imperativo constitucional y legal, la exigencia de que se corriera traslado con esos documentos al emplazar a Telcel al presente procedimiento deriva de la necesidad lógica de que se le diera a conocer plena y fehacientemente el contenido de todos y cada uno de los elementos, actos e información que se dice sustentaron la emisión del OPR, a fin de que Telcel pudiera ejercer plenamente su derecho de defensa.

No obstante, en franca violación de las exigencias referidas y del derecho de defensa de Telcel, la misma no fue debidamente emplazada y se ha visto en la necesidad de comparecer a un procedimiento en el que se le ha calificado de probable responsable sin que le sea posible exponer todos los argumentos de defensa y oposición que pudieran corresponderle, lo que repercute, innegablemente, en el derecho fundamental a la defensa de Telcel.

Por lo anterior, resulta evidente que la substanciación y la imputación de responsabilidades que se pretende en el presente procedimiento resultan improcedentes e ilegales, toda vez que el emplazamiento no se llevó a cabo en la forma y términos exigidos por la Constitución y las normas aplicables, en virtud de que no se corrió traslado a Telcel con todos y cada uno de los documentos que habrían dado origen al oficio de probable responsabilidad y, en fin, al procedimiento en sí mismo.

Lo anterior resulta **infundado**. Contrario a lo manifestado por la emplazada, en el procedimiento seguido en forma de juicio en cuestión se siguieron todas las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que Telcel pudo ejercer plenamente su derecho de defensa, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer término, Telcel tuvo conocimiento del inicio del procedimiento seguido en forma de juicio con el emplazamiento del OPR. En el referido oficio se encuentran detallados los hechos materia de análisis, así como los elementos con base en los cuales se imputó a Telcel la probable responsabilidad de la comisión de una práctica monopólica relativa. Asimismo, Telcel contó con el plazo establecido en la LFCE para presentar sus defensas y excepciones respecto de las imputaciones contenidas en el OPR, así como adjuntar los elementos de convicción que considerara pertinentes para desvirtuar las imputaciones del OPR. Durante la sustanciación del procedimiento seguido en forma de juicio, se le concedieron a Telcel todos los derechos que como probable responsable le otorga la normatividad en la materia, por ejemplo, formular sus alegatos. Finalmente, el procedimiento seguido en forma de juicio concluye con la presente resolución, mediante la cual, este Instituto determinará si se le imputará o no responsabilidad a Telcel.

De esta manera, Telcel no puede alegar que a la fecha en la que presentó sus manifestaciones existiera incertidumbre respecto de las circunstancias bajo las cuales se inició el procedimiento de investigación, pues las mismas se encuentran plenamente detalladas en el OPR y tuvo la oportunidad de defenderse de lo imputado en el OPR en el momento procesal oportuno. Asimismo, Telcel tuvo y tiene acceso a las constancias del Expediente a partir del emplazamiento, tal como se puede constatar en el Resolutivo Tercero del OPR.¹²² De esta manera, aun en el supuesto de que Telcel no hubiese acudido a consultar el Expediente previo a realizar sus manifestaciones y, por ende, no revisar el contenido del Escrito de Denuncia, no es un acto imputable a esta autoridad, sino única y exclusivamente a la emplazada.

Por otra parte, las manifestaciones de Telcel respecto de la imputación de responsabilidad a éste, resulta **infundada**, ya que a la emplazada se le ha imputado una **probable** responsabilidad por la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, sin que en el OPR exista un pronunciamiento a favor o en contra al respecto.

Ahora bien, el artículo 33 de la LFCE, dispone que: “[...] II. La Comisión **emplazará con el oficio** a que se refiere la fracción anterior **al probable responsable**, el que contará con un plazo de treinta días para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo” [Énfasis añadido]. Es decir, de conformidad con lo dispuesto en la citada fracción, el emplazamiento se efectúa con el OPR y no con el traslado de la totalidad de las constancias que obran en el Expediente como erróneamente lo pretende Telcel.

De esta manera, el emplazamiento se realizó de conformidad con las formalidades esenciales del procedimiento, pues con fecha trece de agosto de dos mil quince, se notificó por instructivo el OPR

¹²² “Tercero.- [...]”

En los términos señalados en este resolutivo y en el evento de que la emplazada desee verificar la información vertida en el presente OPR, se hace de su conocimiento que en los archivos de este Instituto, sita en AV. Insurgentes Sur 1143, Col. Noche Buena, Del. Benito Juárez, C.P. 03720, en México, DF, obra el Expediente, mismo que podrán consultar y en el que podrán promover aquellas personas que previamente hayan sido autorizadas para tales efectos”.

a Telcel.¹²³ En atención a lo anterior, no tiene sustento jurídico lo manifestado por la emplazada respecto de que se tenía que correr traslado con todos los documentos que integran el sumario a que se refiere, ni mucho menos aquéllos que forman parte de las imputaciones presuntivas del OPR.

Adicionalmente, los resolutivos Primero y Tercero del OPR establecen lo siguiente:¹²⁴

*“PRIMERO.- **Emplazar con el presente OPR a Telcel**, como probable responsable de la comisión de la práctica monopólica relativa descrita en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, de conformidad con los antecedentes y Consideraciones de Derecho expuestos.*

En ese tenor, se ordena notificar la versión reservada del presente OPR a Telcel en el domicilio señalado [...].

Lo anterior, para el efecto de que Telcel [...] en un plazo de treinta días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación del presente OPR, manifieste lo que a su derecho convenga, adjunten [Sic] las pruebas documentales que obren [Sic] en su poder y ofrezcan [Sic] aquéllas que ameriten desahogo.

[...].

TERCERO.- [...]

*En los términos señalados en este resolutivo y en el evento de que la emplazada desee verificar la información vertida en el presente OPR, se hace de su conocimiento que en los archivos de este Instituto [...], obra el Expediente, mismo que **podrán consultar y en el que podrán promover aquellas personas que previamente hayan sido autorizadas para tales efectos**”. [Énfasis añadido].*

De lo transcrito anteriormente, se desprende que Telcel podía tener acceso a la totalidad de las constancias reservadas y a las constancias clasificadas con el carácter de confidencial que contenían información de Telcel, mismas que obran en el Expediente, para su consulta. Asimismo, de las constancias que obran en el mismo se observa que Telcel ejerció su derecho, ya que dentro del plazo de treinta días hábiles con que contaba para dar contestación al OPR, consultó el Expediente.¹²⁵ En este sentido, quedó salvaguardado su derecho de defensa desde el momento en el que se le permitió comparecer ante este Instituto para consultar el Expediente y formular sus defensas.

En atención a lo anterior, contrario a lo manifestado por Telcel, el hecho de que se haya emplazado únicamente con el OPR y no se le haya corrido traslado de la totalidad de las constancias que obran en el Expediente, no coartó su derecho de defensa, pues como se señala en el propio OPR, la emplazada se encontraba autorizada para acceder a las constancias que obran en el Expediente. Asimismo, el derecho de defensa de Telcel no se limitó, ya que de conformidad con lo dispuesto por la fracción II, del artículo 33 de la LFCE, este Instituto únicamente se encontraba obligado de emplazar a Telcel con el OPR y no a correrle traslado de las constancias con base en las cuales se emitió el referido oficio.

¹²³ Folios 52568 a 52573 del Expediente.

¹²⁴ Folios 52531 y 52532 del Expediente.

¹²⁵ Como obra la constancia a folios 52574 y 52575.

Con relación a las manifestaciones relativas a la supletoriedad de los artículos 276, 304 y 307 del CFPC que invoca Telcel sobre la figura del emplazamiento, resultan **infundadas**, toda vez que no se cumplen las reglas procesales para que aplique la suplencia, lo anterior en atención a los siguientes criterios judiciales:

“SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE. La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que: a) El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; **b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente;** c) **Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir;** y, d) **Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate**”.¹²⁶ [No hay partes resaltadas en el texto original].

“SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE de la CFC APLICA. La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en **los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones**. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudiría para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación la establece. De esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida”.¹²⁷ [No hay partes resaltadas en el texto original].

De conformidad con los criterios judiciales transcritos, no es posible suplir a la LFCE en lo que respecta al emplazamiento de probables responsables en virtud de que el artículo 33, fracción II de la ley referida establece la norma para el emplazamiento. Por lo tanto, no existe omisión o vacío legislativo en ese aspecto y la norma que la emplazada señala como supletoria incluso se opone al texto de la fracción II del artículo 33.

¹²⁶ Número de registro: 2003161, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Décima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: SJF y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 2, Tesis: 2a./J. 34/2013 (10a.), página: 1065.

¹²⁷ Número de registro: 199547, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: TCC, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo V, Enero de 1997, Tesis: I.3o.A. J/19, página 374.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 2 de la LFCE, el objeto de dicha ley consiste en “proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios” y no dirimir controversias entre particulares como el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En virtud de lo anterior, no resulta aplicable la supletoriedad que Telcel pretende exigir por lo que refiere al emplazamiento, en virtud de que la LFCE prevé la regla clara de emplazamiento en el artículo 33, fracción II.

2.6 De la violación al derecho de defensa de Telcel con las actuaciones practicadas en el procedimiento¹²⁸

Ahora bien, con independencia de la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LFCE aplicadas y de su Reglamento, el caso es que en el presente procedimiento no se han respetado las formalidades esenciales que garanticen el derecho de defensa de Telcel, como a continuación se demuestra:

De la simple lectura del procedimiento de investigación que se contiene en los artículos 30, 31, 31 bis, 32 y 33, fracciones I y II, de la LFCE y 23 a 31 del RLFCE se desprende que la supuesta investigación previa implica un sistema inquisitivo, propio de regímenes despóticos. La verdad material que proviene de la autoridad es la que importa y la defensa del presunto responsable es prácticamente nula.

Como en ese tipo de sistemas, para la autoridad no existen limitaciones, por lo que puede allegarse todos los medios a su alcance para el perfeccionamiento de investigaciones que le permitan una amplísima información, todo ello a espaldas del acusado.

En estas circunstancias, la defensa del probable responsable es prácticamente nula, pues al tenor de este sistema anterior las autoridades de la CFC y ahora la Autoridad Investigadora actuaron durante la etapa de investigación en forma libre, arbitraria y sin limitación, donde pudieron hacer uso de sus facultades de imperio para obtener información, además de admitir cuanto elemento, denuncia o acusación provino de otros particulares que buscaron satisfacer intereses privados, lo que se desprende de la simple lectura de los artículos aludidos.

En ese sentido, de la lectura del OPR se desprende que la parte denunciada siempre fue precisamente Telcel entre otros, quien sólo a partir de que se emitió ese OPR recibe el carácter de probable responsable, es decir, que utilizando el lenguaje de la LFCE y el RLFCE, desde que se inicia la denuncia hasta que se dicta el OPR aún el denunciado tiene el carácter de simple agente económico involucrado. En virtud de lo anterior, en tanto el denunciado no sea emplazado no le será respetado su derecho de defensa, y mientras la autoridad se pronunciará sobre su responsabilidad, aún probable, sin haberle escuchado. Inclusive se le pide y requiere información que obligatoriamente habrá de producir, sin saber que es el denunciado ni recibir información sobre la denuncia planteada en su contra.

En efecto, como se reconocen en el primer antecedente del OPR, el Escrito de Denuncia se presentó en contra de Telcel y otras, y en esas condiciones es, desde el momento en que fue

¹²⁸ Folios 52875 a 52880.

admitida, en realidad un probable responsable de la conducta que se denuncia. Luego hay denuncias en su contra de las que no se le da noticia alguna y respecto de las cuales ninguna información le fue brindada ni requerida. Sin embargo, para la CFC y para la Autoridad Investigadora formalmente se dice que Telcel no tiene este carácter de probable responsable sino hasta que así lo deciden. Mientras tanto, le da un trato como el de cualquier tercero, incluso, como el de coadyuvante de la causa instaurada en su contra.

A mayor abundamiento, es evidente que el propósito que persiguen los artículos mencionados es el de obtener los elementos necesarios para emitir el OPR. No puede, desde ningún punto de vista pensarse, ni mucho menos sostenerse, que con ello se persiga que el denunciado se defienda o que se busque encontrar la verdad y no sólo imputar o presumir una responsabilidad. Eso sólo se prevé en la segunda fase que Telcel denomina de conocimiento y resolución, o que inclusive se ha considerado de audiencia, pero para entonces el gobernado imputado acarrea ya una probable responsabilidad que se presume en su contra.

Si una vez dictado el OPR debe emplazarse al denunciado para presentar su contestación, manifestar lo que a su interés convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo, es evidente que en ese momento se defenderá respecto de hechos concretos y específicos que se le imputen, ya no por el denunciante, sino por la propia autoridad que los hubiese encontrado fundados y procedentes en la etapa previa de investigación.

El artículo 31 de la LFCE, como el 29 del RLFCE, no son disposiciones que permitan al denunciado aportar los elementos de su defensa, sino que persiguen precisamente lo contrario, obtener los elementos de su probable responsabilidad y, en tal virtud, ningún acto de autoridad dirigido en contra del denunciado puede fundarse en este precepto, ni de los elementos obtenidos en esa etapa se le podría atribuir responsabilidad alguna, por probable que sea.

De esta forma, las actuaciones practicadas en la etapa de investigación del procedimiento de marras, en las que supuestamente se ha basado la emisión del OPR que se responde, resultan conculcadoras del debido proceso legal y de la garantía de audiencia de Telcel, porque no se le da derecho a defenderse sino hasta que tal OPR es emitido y difundido, esto es, con posterioridad a que se le presume responsable y se concluye la etapa de investigación en la que, por tanto, no es escuchado.

En realidad, el particular no puede ser llamado a la mitad del procedimiento, sino que debe ser notificado de su existencia desde su inicio, para que de esa forma tenga en plenitud la oportunidad defensiva que le concede la CPEUM en todas las etapas del procedimiento. Lo que en la especie no sucedió.

Por lo demás, nuestro régimen jurídico no prevé ni contempla el que los particulares deban ser considerados como culpables hasta en tanto se demuestre lo contrario. La máxima jurídica vigente en nuestro estado de derecho es precisamente la contraria, la de la presunción de inocencia: toda persona debe considerarse inocente hasta en tanto se demuestre su culpabilidad.

Es claro que no debe emitirse resolución alguna sobre el fondo del asunto materia del procedimiento, aunque sea probable o preliminar, sino hasta que el particular afectado o

interesado sea debidamente emplazado, escuchado y sean desahogadas las pruebas que ofrezca. Menos aún debe difundirse o notificarse a terceros tal resolución, por preliminar que sea.

En consecuencia, el haberse llevado a cabo la substanciación de la etapa previa de investigación, sin audiencia de Telcel, que es el particular sujeto al procedimiento, afectado e interesado, y esperar a presumir o imputar una responsabilidad en su contra resulta ilegal y violatorio de su derecho de audiencia. Por tanto, el OPR resulta antijurídico, pues proviene de actuaciones practicadas sin apego a derecho.

Adicionalmente, es claro que en la especie, no se ha respetado la más importante y esencial de las formalidades procesales: el emplazamiento. El emplazamiento supone un llamamiento a juicio obviamente anterior a cualquier pronunciamiento de la autoridad sobre el fondo del asunto. Aunado a lo que antes se ha hecho valer, no hay un debido emplazamiento, por más que se pretenda lo contrario, al notificar el OPR pues se pretende que las autoridades de la CFC hubieran ya llevado a cabo la etapa de investigación sin emplazar a Telcel, y además después no se le corre traslado con la denuncia y anexos presentados por los particulares que le acusan y sin hacer de su conocimiento los hechos o conductas concretas que se investigan.

En consecuencia, al haberse llevado a cabo la substanciación de la etapa previa de investigación, sin audiencia de Telcel, que es el particular que es sujeto del procedimiento, y sólo llamarlo hasta que se le imputa presuntivamente una responsabilidad, resulta violatorio de su derecho de audiencia.

Con base en todo lo anterior, es que los actos llevados a cabo en la etapa de investigación, resultan ser actos ilegales por transgredir los elementales derechos que corresponden a Telcel y que deben ser respetados y reparados por este Instituto, entre ellos, el ser oído y vencido en juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y en el que todas las actuaciones se encuentren debidamente fundadas y motivadas. Por tanto, el OPR que ahora se contesta, resulta asimismo un acto ilegal por provenir de actuaciones practicadas sin apego a derecho, por lo que el Pleno del IFT no debe permitir la consumación de tales violaciones en perjuicio de Telcel.

En primer término, respecto de las manifestaciones de Telcel relativas a la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LFCE y del RLFCE que se aplicaron en el presente procedimiento, se señala que este Instituto no puede pronunciarse al respecto, ya que no se encuentra facultado para resolver sobre cuestiones de constitucionalidad. Lo anterior, ya que de conformidad con lo resuelto por la SCJN, es atribución exclusiva de los órganos que ejercen facultades jurisdiccionales, juzgar sobre la constitucionalidad de leyes o actos de autoridad, como lo hacen los órganos del PJF.

Por otra parte, las manifestaciones de Telcel respecto de que la CFC y la Autoridad Investigadora actuaron durante la investigación de forma arbitraria, devienen **inoperantes** por **genéricas**, toda vez que la emplazada no formula argumentos lógico-jurídicos para sustentar sus aseveraciones.

Ahora bien, las manifestaciones de la emplazada con relación a que de conformidad con el lenguaje de la LFCE y del RLFCE, durante la etapa de investigación el denunciado tiene en carácter de agente económico involucrado, devienen **inoperantes** toda vez que Telcel no formula razonamientos lógico-jurídicos que sustenten el agravio que le ocasiona el lenguaje empleado por la normatividad en la materia.

Adicionalmente, Telcel realiza el siguiente señalamiento: “mientras el denunciado no sea emplazado no le será respetado su derecho de defensa, y mientras la autoridad se pronunciará sobre su responsabilidad, aún sin haberle escuchado [...]”, dicha manifestación resulta **inoperante** por partir de **una premisa errónea**, toda vez que, en la etapa de investigación aún no está determinado el sujeto a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable de una infracción a la ley, será hasta la emisión del oficio de probable responsabilidad en el que se determinará dicho sujeto; sin embargo, ello no constituye un pronunciamiento por parte de la autoridad de la responsabilidad del agente económico identificado, pues en el OPR únicamente se le imputa la probable responsabilidad y será hasta el procedimiento seguido en forma de juicio en que la autoridad determinará la responsabilidad del agente económico emplazado. En virtud de lo anterior, ni en la etapa de investigación ni en la emisión del OPR la autoridad se pronuncia sobre la responsabilidad de agente económico.

Ahora bien, Telcel se duele de no recibir información sobre el Escrito de Denuncia que se presentó en su contra; sin embargo, Telcel pasa por alto que en términos del artículo 31 bis de la LFCE, durante la etapa de investigación, la autoridad no puede permitir el acceso al Expediente. No obstante lo anterior, la manifestación de la emplazada deviene **inoperante** por **no justificar la transgresión** que le ocasiona, ya que durante la secuela del procedimiento seguido en forma de juicio ésta tuvo acceso al Expediente y pudo consultar el Escrito de Denuncia.

Por otra parte, las manifestaciones de Telcel respecto de que es evidente que el propósito de los requerimientos es de obtener los elementos necesarios para emitir el OPR devienen **inoperantes** por **gratuitas** y por **genéricas**, ya que la emplazada realiza manifestaciones lisas y llanas sin formular argumentos lógico-jurídicos que sustenten sus aseveraciones.

Con relación a las manifestaciones de la emplazada relativas a que la etapa de investigación se llevó a cabo sin audiencia de Telcel, son **infundadas** en atención a que la etapa de investigación no se rige por el derecho de audiencia contenido en el artículo 14 de la CPEUM ya que la etapa indagatoria no se actualiza ningún acto privativo, sino únicamente de molestia. Asimismo, la etapa de investigación contemplada en la LFCE tiene como propósito que la autoridad se allegue de información que le permita conocer y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

Asimismo, son **infundadas** las manifestaciones hechas en el sentido de que “el particular no puede ser llamado a la mitad del procedimiento, sino que debe ser notificado de su existencia desde su inicio, para que de esa forma tenga plenitud la oportunidad defensiva [...]”. Ello es así porque, como se ha mencionado, la investigación corresponde a una etapa distinta del procedimiento que se sigue en forma de juicio. En este sentido, es incorrecto considerar la investigación y al citado procedimiento como integrantes de una misma etapa. La separación entre ambas obedece, entre otras razones, a que cada una de ellas persigue distintos fines y, por ende, tiene también diferentes consecuencias.¹²⁹

¹²⁹ Sirve de apoyo a lo sostenido los siguientes criterios judiciales: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.** Si se toma en cuenta que el objeto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es sancionar y perseguir los monopolios y las prácticas monopólicas, así como proteger los intereses sociales, resulta evidente que la Comisión Federal de Competencia, al investigar y, en su caso, sancionar o imponer condiciones o restricciones, tratándose de conductas posiblemente constitutivas de prácticas monopólicas, no disminuye, menoscaba o suprime definitivamente un bien material o

Por lo que hace a las manifestaciones de Telcel mediante las cuales señala que durante la investigación: “se le pide y requiere información [a Telcel] que obligatoriamente habrá de producir, sin saber que es el denunciado ni recibir información sobre la denuncia en su contra” las mismas son **infundadas**. Como se desprende del Oficio No. DGIPMR-10-096-2012-115, de catorce de junio de dos mil doce, emitido por la Dirección General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Relativas de la CFC, por medio del cual se le requirió diversa información, y cuyas constancias obran en el Expediente,¹³⁰ Telcel sabía que tenía el carácter de denunciado dentro de la investigación. Esto se hace patente mediante la lectura del oficio en comento, cuya transcripción, en la porción que interesa, se inserta a continuación:

“Ahora bien, Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., es una empresa que **tiene el carácter de denunciada en el presente procedimiento de investigación**, tal y como se observa en el escrito de denuncia y que obra dentro del expediente en que se actúa [...]”. [Énfasis añadido].

Finalmente, respecto de las manifestaciones de Telcel relativas a que no se siguieron las formalidades esenciales del procedimiento en el emplazamiento, con el objeto de evitar reiteraciones se remite al apartado “2.5 De la falta de emplazamiento legal” de la presente resolución.

2.7 De la violación al derecho de defensa de Telcel por la clasificación de información confidencial¹³¹

inmaterial o un derecho del gobernado, sino que al prevenir y detectar posibles prácticas monopólicas, protege el interés general. En ese sentido, se concluye que los artículos 16 y 19 de la Ley Federal de Competencia Económica, al facultar a la Comisión mencionada para investigar o sancionar posibles prácticas monopólicas, no violan la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 constitucional, pues su actuación no constituye un acto privativo sino uno de molestia. En efecto, conforme al artículo 33 de la Ley citada, si de la investigación aparece la probable participación del investigado en una conducta que pueda considerarse que afecta la competencia y la libre concurrencia, se le emplazará y se le dará oportunidad de defensa, ya que el procedimiento respectivo le permite hacer valer lo que a su derecho convenga y aportar los elementos de convicción que estime necesarios para desvirtuar la posible práctica monopólica que se le atribuye.” [Énfasis añadido] No. Registro: 167764, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo XXIX, Marzo de 2009, Tesis: 1a. XXXVII/2009, Página: 400, **“PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA NO SE RIGE POR EL DERECHO DE AUDIENCIA.** El citado precepto establece el procedimiento de investigación para la declaración sobre el poder sustancial de un agente económico en un determinado mercado relevante, el cual tiene una etapa de investigación que inicia con la publicación del extracto del acuerdo relativo en el Diario Oficial de la Federación y en cualquier otro medio de comunicación cuando el asunto sea relevante a juicio de la Comisión Federal de Competencia, y concluye con el cierre del expediente cuando los elementos son insuficientes, o bien, con la emisión del dictamen preliminar; momento en el que inicia otra etapa referida concretamente al dictado de la resolución correspondiente. Ahora bien, **la etapa de investigación no se rige por el derecho de audiencia contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no tiene por objeto la disminución, el menoscabo o la supresión definitiva de un bien material o inmaterial o de un derecho del gobernado, sino únicamente un propósito de interés general consistente en prevenir y detectar la existencia de agentes económicos que tengan un poder sustancial en determinados mercados relevantes, con el fin de proteger el proceso de concurrencia y libre competencia para prevenir o evitar posibles prácticas monopólicas, por lo que no actualiza algún acto privativo, sino únicamente actos de molestia, respecto de los que rige el artículo 16 constitucional.”** [Énfasis añadido] No. Registro: 2004049, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Décima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: SJF y su Gaceta, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, Tesis: 2a. LII/2013 (10a.), Página: 1120

¹³⁰ Folios 47660 a 47664 del Expediente.

¹³¹ Folios 52880 a 52882 del Expediente.

El presente procedimiento es improcedente pues su inicio y tramitación han implicado y podrían consumir graves violaciones al derecho a una defensa adecuada de Telcel.

En efecto, como se destacó desde la contestación a los antecedentes del OPR, so pretexto de su clasificación como confidencial, se ha impedido a Telcel ejercer su derecho a una defensa adecuada, pues contrariamente a lo que se afirma en el resolutivo tercero del OPR no se le ha permitido conocer ni consultar la totalidad de las constancias del Expediente.

El ocho de septiembre de dos mil quince, Telcel compareció a consultar el Expediente. No obstante, comprobó que la gran mayoría de los documentos e información que habrían sido aportados por diversas partes en el trámite de la etapa de investigación, incluidos los Denunciantes y la Cofetel, fue clasificada como confidencial por la CFC, por lo que a Telcel no se le permitió su consulta.

Es decir, contrariamente a lo que se dice en el tercer resolutivo del OPR, Telcel no podido [Sic]“verificar la información vertida en el presente OPR... que en los archivos de este Instituto... obra el Expediente, mismo que podrán consultar...”, incluyendo algunos que se invocan como trascendentes en el propio OPR.

Lo anterior ha vuelto nugatorio el derecho de defensa de Telcel, pues se le ha impedido corroborar lo afirmado en el OPR con las constancias de autos que se supone lo sustentan, amén de que se le ha privado de la posibilidad de valerse de posibles pruebas de descargo que pudieran desprenderse de todos y cada uno de los elementos de convicción que hubieren sido recabados.

En ese sentido, llama la atención que salvo en el apartado de antecedentes del OPR, no se haga referencia alguna a la información obtenida en el trámite de la etapa de investigación, de donde lógicamente se puede inferir que no se trata de información que beneficiara la temeraria acusación hecha en el OPR y que, por lo tanto, podría favorecer la defensa de Telcel.

Lo cierto es que la tendenciosa y conveniente clasificación de confidencial de las constancias de autos ha impedido que Telcel lleve a cabo una defensa plena en relación con el OPR, pues se le impide desvirtuar de manera adecuada las imputaciones que en él se hacen, así como se le impide conocer si existen pruebas o elementos de convicción de descargo.

Con independencia del planteamiento de inconstitucionalidad que en su momento habrá de hacerse contra el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, la verdad de las cosas es que el procedimiento que nos ocupa deviene improcedente y no ha de imponerse sanción alguna a Telcel, so pena de consumir la evidente violación a su derecho fundamental a una defensa adecuada.

Las manifestaciones que anteceden son **infundadas** toda vez que, la clasificación de la información como confidencial de algunas porciones tanto del OPR y como del Expediente no es arbitraria; dicha clasificación encuentra su fundamento en la LFCE.¹³²

¹³² La remisión a las leyes secundarias la vemos establecida en el artículo 6° de la CPEUM, ya que no es en el texto constitucional donde se define el alcance o lo que debe entenderse por información confidencial sino que se hace una remisión a las leyes secundarias, para que, se normen situaciones particulares y concretas, a la luz de los principios

Para las investigaciones y diligencias a cargo de la CFC, y ahora del Instituto en su carácter de autoridad sustituta en el presente procedimiento, la LFCE define qué debe entenderse por información confidencial, lo cual hace a través de su artículo 31 bis, fracción II.¹³³

Del contenido de este artículo, se puede observar que los servidores públicos están sujetos a responsabilidad administrativa en caso de que cierta información sea revelada y, por lo tanto, el clasificar como reservada, pública o confidencial toda aquella información de que se alleguen los servidores públicos de este Instituto. También es posible apreciar que la LFCE establece el criterio a partir del cual la autoridad habrá de realizar dicha tarea; por lo que se refiere a la información confidencial, es considerada como tal aquella información que de hacerse del conocimiento de otros agentes económicos pueda causar daño o perjuicio a la posición competitiva de su titular, ponga en riesgo su seguridad, se trate de datos personales que requieran de su consentimiento para su divulgación, o que alguna disposición prohíba su acceso a otras personas.

La imposibilidad jurídica de acceso a la información confidencial a que se refiere el precepto en estudio comprende no solamente a una generalidad indeterminada de personas, sino que tal hipótesis normativa enfatiza que ni aun los agentes con interés jurídico dentro de los procedimientos pueden acceder a dicha información, carácter que tiene Telcel en el presente procedimiento. En otros términos, aunque Telcel tiene interés jurídico en el procedimiento en que se actúa, no puede tener acceso a la información confidencial de la cual no sea su titular.

En ese sentido, el derecho a la protección de la información confidencial y los datos personales de los agentes económicos que intervienen dentro de este Expediente, constituye un derecho fundamental cuya observancia es obligatoria para este Instituto, y tiene como principal objetivo la

enunciados en la CPEUM. En este sentido, el artículo constitucional referido establece lo siguiente: *“Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado [...]*

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: [...]

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. [...]

La ley establecerá aquella información que se considere reservada o confidencial” [énfasis añadido].

¹³³ Dicho precepto establece lo siguiente: *“ARTICULO 31 bis. La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, **será reservada, confidencial o pública**, en términos de este artículo.*

Durante la investigación, la Comisión no permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente los agentes económicos con interés jurídico en éste podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada como confidencial.

Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de la información que les sea presentada. Cuando medie orden de autoridad competente para presentar información, la Comisión y dicha autoridad deberán dictar las medidas que sean conducentes para salvaguardar en los términos de esta Ley aquella que sea confidencial.

Para efectos de esta Ley, será:

I. Información reservada, aquella a la que sólo los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso;

II. **Información confidencial, aquella que de hacerse del conocimiento de los demás agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento, pueda causar un daño o perjuicio en su posición competitiva a quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación.** [Énfasis añadido].

no divulgación de información que pueda poner en riesgo la seguridad o posición competitiva de su titular.

Por lo tanto, es posible advertir que por una parte existe el derecho a la defensa adecuada, debido proceso y garantía de audiencia, mismos que fueron debidamente observados en el presente Expediente; mientras que, por otra, se encuentra previsto a nivel constitucional el derecho de toda persona que proporciona datos personales e información confidencial a la autoridad administrativa, que dicha información sea tratada y resguardada con el carácter de confidencial, como excepción al principio de máxima publicidad. Circunstancia que no sólo es aplicable a personas físicas sino que también incluye a aquellos datos significativos de personas morales.¹³⁴

En suma, se dejó expedito el derecho de Telcel para que este pudiera consultar tanto la información reservada del Expediente, como aquella confidencial de la cual es titular. De hecho, de acuerdo con las constancias que obran en el Expediente, Telcel ejerció dicho derecho, ya que tuvo acceso a las constancias que obran en el Expediente, como se desprende de las constancias de consulta.¹³⁵

En el ejercicio de su derecho a consultar el Expediente, incluso de las constancias que lo integran desde la etapa de investigación, el agente económico denunciado tuvo acceso a los diferentes acuerdos que en su momento fueron emitidos con el fin de clasificar la información que se integraba al Expediente. En cada uno de éstos se desarrollaron los motivos por los cuales se daba el carácter de confidencial a determinada información y se señaló puntualmente el fundamento legal para ello.¹³⁶

Por lo cual, resulta **infundado** que Telcel deba tener acceso de manera irrestricta a la información confidencial de sus competidores, sobre todo tomando en consideración que la divulgación de esa información pondría en riesgo la posición competitiva de sus titulares.

¹³⁴ Sirva de sustento el siguiente criterio judicial: "**PERSONAS MORALES. TIENEN DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS QUE PUEDAN EQUIPARARSE A LOS PERSONALES, AUN CUANDO DICHA INFORMACIÓN HAYA SIDO ENTREGADA A UNA AUTORIDAD.** El artículo 16, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la protección de datos personales, consistente en el control de cada individuo sobre el acceso y uso de la información personal en aras de preservar la vida privada de las personas. En ese sentido, el derecho a la protección de datos personales podría entenderse, en primera instancia, como una prerrogativa de las personas físicas, ante la imposibilidad de afirmar que las morales son titulares del derecho a la intimidad y/o a la vida privada; sin embargo, el contenido de este derecho puede extenderse a cierta información de las personas jurídicas colectivas, en tanto que también cuentan con determinados espacios de protección ante cualquier intromisión arbitraria por parte de terceros respecto de cierta información económica, comercial o relativa a su identidad que, de revelarse, pudiera anular o menoscabar su libre y buen desarrollo. Por tanto, los bienes protegidos por el derecho a la privacidad y de protección de datos de las personas morales, comprenden aquellos documentos e información que les son inherentes, que deben permanecer ajenos al conocimiento de terceros, independientemente de que, en materia de transparencia e información pública, opere el principio de máxima publicidad y disponibilidad, conforme al cual, toda información en posesión de las autoridades es pública, sin importar la fuente o la forma en que se haya obtenido, pues, acorde con el artículo 6o., en relación con el 16, párrafo segundo, constitucionales, la información entregada a las autoridades por parte de las personas morales, será confidencial cuando tenga el carácter de privada por contener datos que pudieran equipararse a los personales, o bien, reservada temporalmente, si se actualiza alguno de los supuestos previstos legalmente." No. Registro: 2005522, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Décima Época, instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del SJF, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Tesis: P. II/2014 (10a.), Página: 274

¹³⁵ Folio 52573 del Expediente.

¹³⁶ Folios 45833 a 45835, 45836 a 45840, 50004 a 50006 y 50007 del Expediente.

A mayor precisión, de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE¹³⁷ el Instituto **en ningún caso podrá proporcionar o publicar la información confidencial** que le sea entregada. En cuanto a este punto, dicho precepto señala que:

De acuerdo con lo expuesto, ha quedado plenamente establecido y es de explorado derecho que la información confidencial debe ser resguardada en cuerda separada, a la cual los agentes económicos no pueden tener acceso, salvo que sean los titulares de la misma.¹³⁸

En consecuencia, es necesario entender el acceso a la información y la máxima publicidad de los datos dentro de este Expediente como la regla general; sin embargo, esta regla no es absoluta, pues encuentra limitantes igualmente válidas y constitucionales en el derecho a la protección de la información confidencial y los datos personales, bajo la debida ponderación de los preceptos aplicables. Asimismo, Telcel contó con los elementos adecuados para realizar su defensa.

En ese sentido, el hecho de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento implica conceder al particular los derechos procesales necesarios para una adecuada defensa previa a un acto privativo, los cuales consisten en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, la oportunidad de alegar; y la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.¹³⁹

¹³⁷ Dicho precepto establece lo siguiente: “*Artículo 31 bis.* [...]”

La Comisión en ningún caso estará obligada a proporcionar la información confidencial ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga.”[Énfasis añadido].

¹³⁸ Sirva de sustento el siguiente criterio judicial: “**COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN CONFIDENCIAL PROPORCIONADAS POR LOS AGENTES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS EN UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, DEBE ARCHIVARSE POR CUERDA SEPARADA.** En términos del artículo 31, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentos que haya obtenido directamente la comisión en la realización de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son estrictamente confidenciales. Aun cuando la norma legal en estudio, o su reglamento, no prevén que la información confidencial se archive por cuerda separada, debe destacarse que el artículo 20, fracción VI, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dispone que los sujetos obligados por dicha norma deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales y evitar su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado. Por ende, archivar o tramitar por cuerda separada la documentación e información confidencial exhibidas por los agentes económicos en los procedimientos de investigación de prácticas monopólicas, resulta una medida idónea para proteger la información confidencial, máxime si se trata de expedientes a los que tienen acceso todos los involucrados. Por el contrario, si la documentación e información confidenciales constaran en la misma pieza de autos, se haría nugatorio tal carácter, ya que en esa hipótesis cualquier agente económico con acceso al expediente podría conocerlos.” No. Registro: 180940, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo XX, Agosto de 2004, Tesis: I.7o.A.312 A, Página: 1565

¹³⁹ Sirva de sustento el siguiente criterio judicial: “**FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.** La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.” No. Registro: 200234, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Común, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo II, Diciembre de 1995, Tesis: P./J. 47/95, Página: 133

Requisitos, que fueron cumplidos en tiempo y forma legales dentro del presente Expediente, por lo que las manifestaciones de Telcel resultan **infundadas**.

Por lo que concierne a las manifestaciones sobre la constitucionalidad del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, se señala que este Instituto no se encuentra facultado para pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad.¹⁴⁰ Lo anterior, ya que de conformidad con lo resuelto por la SCJN, es atribución exclusiva de los órganos que ejercen facultades jurisdiccionales, juzgar sobre la constitucionalidad de leyes o actos de autoridad, como lo hacen los órganos del PJF.

2.8 De la indebida tramitación de la etapa de investigación¹⁴¹

El procedimiento que nos ocupa es improcedente, pues es resultado de una etapa de investigación que fue tramitada en contravención a las disposiciones aplicables de la LFCE.

¹⁴⁰ Sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencial: “**CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Si bien es cierto que, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad, también lo es que subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma. Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es en materia de legalidad y, por razón de su función jurisdiccional, este tribunal puede ejercer control difuso; sin embargo, si el actor formula conceptos de nulidad expresos, solicitando al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la disposición respectiva, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero si considera que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastará con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural, obligarlo a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica. Así, si en el juicio de amparo se aduce la omisión de estudio del concepto de nulidad relativo al ejercicio de control difuso del tribunal ordinario, el juzgador debe declarar ineficaces los conceptos de violación respectivos, pues aun cuando sea cierto que la Sala responsable fue omisa, tal proceder no amerita que se conceda el amparo para que se dicte un nuevo fallo en el que se ocupe de dar respuesta a ese tema, debido a que el Poder Judicial de la Federación tiene competencia primigenia respecto del control de constitucionalidad de normas generales y, por ello, puede abordar su estudio al dictar sentencia. Si, además, en la demanda de amparo se aduce como concepto de violación la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley, el juzgador sopesará declarar inoperantes los conceptos de violación relacionados con el control difuso y analizar los conceptos de violación enderezados a combatir la constitucionalidad y convencionalidad del precepto en el sistema concentrado.” No. Registro: 2006186, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Administrativa, Décima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Gaceta del SJF, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), Página: 984.

¹⁴¹ Folios 52882 y 52883 del Expediente.

Según se desprende de una nota al pie de la página seis del OPR, el quinto periodo de investigación habría concluido veinte días antes de lo ordenado por el Pleno de la CFC al acordar la ampliación correspondiente.

Pues bien, en términos del artículo 30 *in fine* de la LFCE, en el periodo de investigación sólo se puede dictar acuerdo de conclusión el día siguiente en el que concluya o al día siguiente del plazo en que se declare la caducidad del periodo, sin que exista fundamento alguno que facultare a las autoridades de la CFC a decretar su terminación antes de que concluya el plazo previsto.

En ese sentido, la etapa de investigación fue desahogada en contravención al texto de la LFCE y de lo ordenado por el Pleno de la CFC, pues sin facultades ni fundamento para ello, el entonces Director General de Prácticas Monopólicas Relativas de la CFC decidió que los veinte días restantes del quinto periodo de investigación eran innecesarios y dictó la conclusión de la etapa de investigación.

Ese ilegal acuerdo de conclusión de la etapa de investigación ha trascendido al OPR, así como es demostrativo de la también superficial, insuficiente y parcial supuesta investigación que las autoridades de la CFC pretenden haber llevado a cabo.

Lo cierto es que esa terminación de la etapa de investigación deja a Telcel en indefensión, pues amén de volver nugatoria una determinación previa del Pleno de la CFC (órgano jerárquicamente superior al Director aludido) lo que en sí mismo es jurídicamente inválido e imposible, demuestra que no existió interés alguno en conocer la verdad material, sino solamente de allegarse de elementos de convicción que fundaren el prejuicio concebido desde la admisión del Escrito de Denuncia: la supuesta responsabilidad de Telcel.

Por lo demás, tampoco se demuestra ni se funda o motiva la imperiosa necesidad de ampliar los periodos de la etapa de investigación, por lo que las actuaciones hechas en ellos carecen de validez y de causa eficiente y no han de parar perjuicio alguno a Telcel.

Por todo lo anterior, habrá de reconocerse la ilegalidad de la tramitación de la etapa de investigación y, por tanto, de la emisión del OPR que se contesta, absolviendo en todo caso a Telcel de la práctica monopólica relativa que se la ha pretendido imputar.

Las manifestaciones hechas por Telcel respecto a la indebida tramitación de la etapa de investigación son **infundadas** toda vez que el OPR fue emitido dentro de los plazos que la LFCE establece. Lo anterior, de conformidad con las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 30 de la LFCE,¹⁴² el periodo de investigación no podrá ser inferior a treinta días ni exceder de ciento veinte días. Dicho periodo puede ser ampliado **hasta** cuatro

¹⁴² "ARTICULO 30.- [...]

El periodo de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto y **no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días.**

Este periodo **podrá ser ampliado hasta en cuatro ocasiones, por periodos de hasta ciento veinte días**, cuando existan causas debidamente justificadas para ello.

La Comisión dictará el acuerdo de conclusión del periodo de investigación, **al día siguiente en que la concluya** o al del vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo anterior". [Énfasis añadido].

ocasiones por periodos de **hasta** ciento veinte días, cuando existan causas justificadas. Lo anterior, se desprende de la literalidad del referido precepto.

Como se advierte del artículo transcrito, para el desarrollo de la etapa indagatoria, la autoridad cuenta con un periodo que no excederá de ciento veinte días, y en casos debidamente justificados, dicho periodo podrá ser ampliado hasta por cuatro ocasiones y por periodos de hasta ciento veinte días, es decir, de la literalidad del artículo se desprende que es potestativo de la autoridad, en primer término, ampliar o no el periodo de investigación y, en caso de que se amplié, también es potestativo para la autoridad agotar dichos periodos hasta los ciento veinte días. Lo anterior, ya que la LFCE al señalar la duración de los periodos no establece un número específico de días, esto es, señala un plazo determinable y no determinado.

No obstante lo anterior, el hecho de que la LFCE no establezca específicamente el número de días de los periodos, ello no implica que se deje en estado de indefensión a los agentes económicos, toda vez que la LFCE limita la duración de estos periodos a efecto de salvaguardar la seguridad jurídica de los agentes económicos. Es decir, existe certeza de que la indagatoria no puede superar los plazos legales para tal efecto.

Así, la LFCE precisa que ningún periodo de investigación puede durar menos de treinta días, pero tampoco puede exceder de ciento veinte, esto significa que dentro de esos límites la autoridad puede desarrollar su investigación, pero de ninguna manera debe entenderse que está constreñida a terminar dicha investigación hasta el último día del plazo indicado. Esto se hace patente porque el artículo en comento señala “[el periodo de investigación] *no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días*”, lo que interpretado *contrario sensu* implica que sí puede terminar antes de dicho término.

Lo indicado en el párrafo anterior es acorde con la facultad de la autoridad para ampliar hasta por cuatro veces los periodos de investigación de manera potestativa, siempre y cuando existan causas debidamente justificadas que se expresen mediante una debida motivación y se fundamente en derecho el acto. Dicha facultad encuentra su límite en los plazos prescritos en la LFCE, de ahí que el texto del artículo en estudio señale “*Este periodo [no menor de treinta días ni mayor a ciento veinte] podrá ser ampliado hasta*¹⁴³ *en cuatro ocasiones [...]*”, de ello se desprende que la autoridad actúa legalmente cuando potestativamente amplía el periodo de investigación o cuando da por terminado dicho periodo en el día ciento veinte o previamente.

Por lo tanto, no es posible concluir que el acuerdo de conclusión del periodo de investigación debía ser emitido hasta que se llegara al último día de este plazo, toda vez que ello atentaría contra el principio de celeridad aplicable a todo procedimiento en derecho.¹⁴⁴

¹⁴³ De acuerdo con la Real Academia de la lengua Española, la palabra “*hasta*” denota término o límite, lo que aplicado al contexto del asunto que nos ocupa quiere decir que el límite de la potestad de la autoridad para ampliar el periodo de investigación se encuentra en la cuarta ocasión que lo amplía y hasta el término de ciento veinte días para cada periodo. Diccionario de la lengua Española, consultado en la siguiente dirección electrónica: <http://dle.rae.es/?id=NKZgeLY>

¹⁴⁴ De acuerdo con Escobar Fornos, el referido principio permea casi a todos los actos procesales del juicio para su acelerado y adecuado funcionamiento. Por ejemplo se establecen: plazos cortos y fatales que propician el avance del proceso; el impulso oficial del juez, que lo obliga a proveer de oficio sobre el trámite siguiente al evacuado; la oralidad como principal medio de comunicación con el juez constitucional; la concentración en las audiencias de los actos procesales, y la inmediación para una más rápida y mejor decisión del proceso; normas que eviten crisis procesales, tales

Finalmente, las manifestaciones de Telcel mediante las cuales señala que no se funda ni motiva la necesidad de ampliar los periodos de la etapa de investigación, son **inoperantes** por **genéricas**. Ello en virtud de que no emite razonamiento alguno que sustente la postura que manifiesta y debido a que cada uno de los acuerdos de ampliación de la etapa de investigación fue motivado y fundamentado, como se observa a continuación:

“**[MOTIVACIÓN, circunstancias de tiempo y lugar de emisión del acto]** México, Distrito Federal, a doce de mayo de dos mil once.- **[MOTIVACIÓN, circunstancias de modo de emisión del acto]** El Pleno reunido en sesión ordinaria de esta misma fecha, acordó por unanimidad de votos de los presentes, ante la fe del Secretario Ejecutivo, ampliar el periodo de investigación a que se refiere **[FUNDAMENTACIÓN OBJETIVA, Precepto legal que sirve de fundamento para la ampliación del plazo de investigación]** el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica [...] por un periodo adicional de ciento veinte días hábiles contados a partir del día siguiente al en que finalice el plazo que actualmente está corriendo. **[MOTIVACIÓN, razonamiento que justifica la aplicación del artículo 30 de la LFCE]** Esto se justifica en virtud de la complejidad del análisis de los servicios de interconexión para la terminación de llamadas en teléfonos móviles, así como por la necesidad de analizar información proporcionada por agentes económicos, y determinar la naturaleza de los servicios involucrados en la investigación, de tal manera que se tengan todos los elementos de convicción necesarios para resolver sobre la presunta existencia de violaciones a la LFCE; la definición del mercado relevante en términos de su artículo 12; así como de los elementos que se indican en el artículo 13 del mismo ordenamiento sobre poder sustancial [...] **[FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA, Preceptos legales que soportan la competencia del Pleno de la CFC para ampliar el plazo de investigación]**. Así lo resolvió el Pleno y da fe el Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia, con fundamento en los artículos 25, 29 y 30 de la LFCE; 8 fracciones I y III, 13, 14 fracciones I y XIII, 15 y 23 fracciones IV y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia [...]”.¹⁴⁵ [Inserciones sobre el texto original para demostrar fundamentación y motivación].

“**[MOTIVACIÓN, circunstancias de tiempo y lugar de emisión del acto]** México, Distrito Federal, a diez de noviembre de dos mil once.- **[MOTIVACIÓN, circunstancias de modo de emisión del acto]** El Pleno reunido en sesión ordinaria de esta misma fecha, tomando en consideración que se considera necesario realizar actuaciones adicionales a las que obran en el expediente con la finalidad de i) integrar información suficiente para caracterizar el proceso de producción, distribución y comercialización del servicio de interconexión para la terminación de llamadas en teléfonos móviles; ii) tener elementos suficientes para estar en posibilidad de determinar el Mercado Relevante en el asunto de mérito; iii) tener elementos suficientes para poder concluir que existe un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante en específico; iv) tener elementos suficientes para considerar que existen elementos que de manera directa o indirecta puedan generar convicción de que un agente económico ha realizado una de las conductas especificadas en alguna de las fracciones que contiene el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica; y v) en su caso, estar en posibilidad de determinar si una práctica comercial tiene el objeto o efecto de impedir el acceso, desplazar a un agente económico u otorgar

como incidentes, traslados, suspensiones e interrupciones procesales. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (Coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo II, UNAM y Consejo de la Judicatura Federal, México, 2014, pág. 1028.

¹⁴⁵ Folio 20505 del Expediente.

ventajas exclusivas en favor de una o varias personas; acordó por unanimidad de votos y ante la fe del Secretario Ejecutivo, ampliar el plazo de investigación **[MOTIVACIÓN, razonamiento que justifica la ampliación del periodo de investigación]** [...] Así lo resolvió el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, con fundamento en los artículos 24, fracción XIX, 25, 29 y 30 de la Ley Federal de Competencia Económica, así como en los artículos 8 fracciones, I y III, 13, 14 fracciones I y XII, 15 y 23, fracciones IV, V y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia [...] **[FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA, preceptos legales que soportan la competencia del Pleno de la CFC para ampliar el plazo de investigación]**".¹⁴⁶ [Inserciones sobre el texto original para demostrar fundamentación y motivación].

“[MOTIVACIÓN, circunstancias de tiempo y lugar de emisión del acto] México, Distrito Federal, a veintidós de mayo de dos mil doce.- **[MOTIVACIÓN, circunstancias de modo de emisión del acto]** El Pleno reunido en sesión ordinaria de esta misma fecha, tomando en cuenta que se considera necesario realizar actuaciones adicionales a las que obran en el expediente con la finalidad de i) integrar información suficiente para caracterizar el mercado de los servicios de interconexión para la terminación de llamadas en teléfonos móviles; ii) tener elementos suficientes para estar en posibilidad de determinar el Mercado Relevante en el asunto de mérito; iii) tener elementos suficientes para poder concluir que existe un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante en específico; iv) tener elementos suficientes para considerar que existen elementos que de manera directa o indirecta puedan generar convicción de que un agente económico ha realizado una de las conductas especificadas en las fracciones V, X y XI del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica; y v) en su caso, estar en posibilidad de determinar si una práctica comercial tiene el objeto o efecto de impedir el acceso, desplazar a un agente económico u otorgar ventajas exclusivas en favor de una o varias personas; acordó por unanimidad de votos y ante la fe del Secretario Ejecutivo, ampliar el plazo de investigación **[MOTIVACIÓN, razonamiento que justifica la ampliación del periodo de investigación]** [...] Así lo resolvió el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, con fundamento en los artículos 24, fracción XIX, 25, 29 y 30 de la Ley Federal de Competencia Económica reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de junio de dos mil seis, así como en los artículos 8 fracciones, I y III, 13, 14 fracciones I y XII, 15 y 23, fracciones IV, V y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia [...] **[FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA, preceptos legales que soportan la competencia del Pleno de la CFC para ampliar el plazo de investigación]**".¹⁴⁷ [Inserciones sobre el texto original para demostrar fundamentación y motivación].

“[MOTIVACIÓN, circunstancias de tiempo y lugar de emisión del acto] México, Distrito Federal, a veintiséis de noviembre de dos mil doce.- **[MOTIVACIÓN, circunstancias de modo de emisión del acto]** El Pleno reunido en sesión ordinaria de esta misma fecha, tomando en cuenta que se considera necesario realizar actuaciones adicionales a las que obran en el expediente con la finalidad de: i) integrar información suficiente para caracterizar el mercado de los servicios de interconexión para la terminación de llamadas en teléfonos móviles; ii) tener elementos suficientes para estar en posibilidad de determinar el Mercado Relevante en el asunto de mérito; iii) tener elementos suficientes para poder concluir que existe un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante en específico; iv) tener elementos suficientes para considerar que existen elementos que de manera directa o indirecta puedan generar convicción de que un agente económico ha realizado

¹⁴⁶ Folio 36984 del Expediente.

¹⁴⁷ Folio 45841 del Expediente.

alguna o varias de las conductas especificadas en el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica; y v) en su caso, estar en posibilidad de determinar si una práctica comercial tiene el objeto o efecto de impedir el acceso, desplazar a un agente económico u otorgar ventajas exclusivas en favor de una o varias personas; acordó por unanimidad de votos y ante la fe del Secretario Ejecutivo, ampliar el plazo de investigación **[MOTIVACIÓN, razonamiento que justifica la ampliación del periodo de investigación]** [...] Así lo resolvió el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, con fundamento en los artículos 24, fracción XIX, 25, 29 y 30 de la Ley Federal de Competencia Económica reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha veintiocho de junio de dos mil seis, así como en los artículos 5, fracciones, I y III, 10, 11, fracciones I y XV, 12 y 19, fracciones IV, V, VI y XXXIV del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia [...] **[FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA, preceptos legales que soportan la competencia del Pleno de la CFC para ampliar el plazo de investigación]**".¹⁴⁸ [Inserciones sobre el texto original para demostrar fundamentación y motivación].

Como se observa, Telcel realiza manifestaciones **gratuitas** cuando menciona que no se fundó ni motivó la ampliación al periodo de investigación, pues, de acuerdo con las constancias del Expediente, para cada ampliación al periodo referido se emitió un acuerdo debidamente fundado y motivado por el Pleno de la CFC. Adicionalmente, las manifestaciones del agente económico son **genéricas**, pues se limita a decir que las actuaciones hechas en el periodo de investigación carecen de validez y causa suficiente y no expresa razonamiento alguno por el cual arribe a tal conclusión.

2.9 De la indebida clasificación de información como confidencial¹⁴⁹

Al inicio de su texto, en el OPR se indica que "Para pronta referencia, se hace mención que las secciones en negro y con * se clasificaron como información confidencial, de conformidad con el artículo 31, [Sic] fracción II, de la [LFCE]". Con base en ello, en efecto, existen partes, páginas y párrafos del OPR que no es posible leer ni conocer.

Ahora bien, en adición a esas objeciones, es menester indicar que Telcel no tiene conocimiento ni ha sido notificada del acto o actos por los que se hubiera hecho la clasificación de la información como confidencial, siendo que el mero recuadro incluido para hacer esa indicación en el OPR resulta carente de motivación.

Lo cierto es que resulta ilegal que, so pretexto de una calificación desconocida para el acusado sobre la confidencialidad de cierta información, se le impida conocer datos y elementos de cargo que se usan en su contra para formular una acusación o imputación sobre la comisión de prácticas monopólicas relativas, y más cuando ello se hace mediante una expresión general carente de motivación y sin siquiera especificar o permitir el acceso del imputado a un resumen o indicación sobre el contenido de la información oculta.

Al respecto, las manifestaciones de la emplazada resultan **infundadas** por las consideraciones que se exponen a continuación:

De conformidad con la normatividad en la materia, esta autoridad no se encuentra obligada a notificar cada uno de los acuerdos de clasificación de información durante la etapa de investigación.

¹⁴⁸ Folio 50924 del Expediente.

¹⁴⁹ Folios 52883 y 52884 del Expediente.

Lo anterior, toda vez que en términos del artículo 31 bis de la LFCE, durante la etapa indagatoria la autoridad no puede permitir el acceso al Expediente. No obstante lo anterior, una vez concluida la investigación y emplazado Telcel con el OPR, dicho agente económico se encontró en posibilidades de consultar dichos acuerdos de clasificación, en virtud de que obran en el Expediente. En este sentido, Telcel pasa desapercibido que dichos acuerdos fueron puestos a su disposición cuando se le notificó el OPR.

Asimismo, los acuerdos de clasificación que se emitieron durante la etapa indagatoria, se encuentran debidamente fundados y motivados, lo cual se advierte de la siguiente transcripción, en donde se observa que la autoridad indicó en cada caso los fundamentos bajo los cuales realizaba la clasificación de la información; y motivó debidamente su actuar, pues realizó una descripción de la información que se clasificaba y explicó las razones por las cuales debía considerarse como información confidencial.

Obsérvese la siguiente transcripción:

“Al respecto, con fundamento en el artículo 31 bis fracción II de la LFCE, se ordena clasificar como confidencial la siguiente información proporcionada mediante escrito de dieciséis de marzo de dos mil diez, toda vez que en caso de hacerse del conocimiento de otros agentes económicos, podría causarle un perjuicio a los Denunciantes en su posición competitiva:

i) Respecto a diversa información proporcionada dentro de cuerpo del escrito de dieciséis de marzo de dos mil diez, relacionada con:

1. La participación accionaria de diversas empresas;
2. Datos del grupo de interés de los denunciantes; y
3. Tarifas y costos de los servicios que prestan los denunciantes.

Respecto de la información antes mencionada, se ordena su clasificación como confidencial, toda vez que esta Comisión observa que fueron satisfechos los supuestos previstos en el artículo 31 bis de la LFCE para que se le otorgara tal carácter a dicha información;

Lo anterior toda vez que:

4. Sí fue solicitado por los Denunciantes;
5. Para acreditar el carácter de confidencial de dicha información, los Denunciantes señalan que está se trata de información confidencial “(...) de conformidad con el artículo 31 Bis, segundo párrafo de la Ley Federal de Competencia Económica y en apego a lo dispuesto por los artículos 14 fracciones II y VI, 15, 18 y 19 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (...)”, y esta Comisión observa que ésta contiene datos de cuestiones financieras y estratégicas de los denunciantes, así como cuestiones de la estructura, costos y de la existencia de su grupo de interés, por lo que, al no clasificar dicha información como confidencial se estarían generando ventajas a favor de competidores de los Denunciantes y podría causarles un daño a su posición competitiva, asimismo agentes económicos ajenos a los Denunciantes podrían tener acceso a dicha información, situaciones establecidas en la fracción II del artículo 31 bis de la LFCE;

6. Respecto a la presentación de un resumen de la información indicada como confidencial, esta Comisión observa que los Denunciantes son omisos en proporcionarlo. Sin embargo, del análisis de la información antes descrita, se observa que no es posible realizar un resumen de la misma, toda vez que la misma obra en el cuerpo del escrito que se refiere, por lo que se ordena realizar la versión reservada del mismo en la que se cubra la información que se cita y que se ordenó clasificar como confidencial [...]"¹⁵⁰

Ahora bien, toda vez que el OPR es el resultado del desarrollo de una investigación que encuentra sustento en la totalidad de las constancias que se integraron al Expediente en la etapa indagatoria, las cuales fueron objeto de clasificación al momento de su integración al Expediente, atendiendo a la obligación que tiene la autoridad de clasificar la información como reservada, confidencial o pública, que obtiene durante la investigación, la versión reservada del OPR se realizó con base en la clasificación previa de dichas constancias y no resulta necesaria la emisión de un acuerdo de clasificación de información para elaborar la versión reservada del OPR, toda vez que dicha información fue clasificada en el momento oportuno como se desprende de lo transcrito anteriormente. En este sentido, las manifestaciones de Telcel resultan **infundadas**.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL OPR

Non bis in ídem¹⁵¹

El procedimiento que nos ocupa es improcedente por lo que además de que debe decretarse su terminación, en cualquier caso es improcedente y debe desestimarse cualquier imputación hecha en perjuicio de Telcel, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 23 de la CPEUM así como en la LFCE aplicable, 31 del RLFCE y demás preceptos aplicables supletoriamente del CFPC, pues nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos o causas, sea que se le absuelva o se le condene.

Las conductas analizadas en el Expediente ya han sido materia de procedimiento y resolución previa por parte de la autoridad especializada en competencia económica, quien determinó no imputar responsabilidad a Telcel ya que se protegió o restauró el proceso de competencia y libre concurrencia.

En efecto, si bien como es del pleno conocimiento del Instituto, mediante la Resolución DE-037-2006 y acumulados, con dos votos a favor y dos en contra, el Pleno de la CFC determinó que con la diferenciación de tarifas *On-net* y *Off-net* Telcel había incurrido en la práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, por lo que le impuso una multa billonaria sin precedentes. No obstante, en el expediente de la impugnación planteada al respecto por Telcel habida cuenta la ilegalidad de la determinación de siete de

¹⁵⁰ Folios 52025 a 52035 del Expediente. La transcripción realizada tiene el propósito de ilustrar la motivación y fundamentación realizada en los diferentes acuerdos por medio de los cuales se clasificó determinada información como confidencial durante la investigación, ello en virtud de que, en el mismo sentido del acuerdo transcrito, obran diversos a folios 47685 a 47687, 50879 a 50883, 50884 a 50886, 50993 a 50995, 51674 a 51696, 51963 a 51978, 51979, 51987 a 52000, 52001 a 52011, 52012 a 52024, 52100 a 52111, 52118 y 52119 del Expediente. Esta clasificación obedece a la fundamentación y motivos ahí expuestos y es, por extensión, el origen de la reserva a determinada información del OPR. Tales acuerdos de clasificación de información estuvieron disponibles para su consulta por parte del agente económico denunciado.

¹⁵¹ Folios 52816 a 52833 del Expediente.

abril de dos mil once, lo cierto es que en sesión del treinta de abril de dos mil doce, en virtud de ser idóneos y económicamente viables para no llevar a cabo la práctica o dejarla sin efectos y por tener como consecuencia restaurar o proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, por unanimidad de votos el Pleno de la CFC resolvió aceptar los compromisos ofrecidos por Telcel en el expediente RA-007-2011, dejando insubsistente y revocando la Resolución DE-37-2006 y acumulados sin imponer responsabilidad alguna a Telcel.

Ahora bien, como fue narrado, la materia de los expedientes DE-037-2006 y acumulados y RA-007-2011 fue analizar la conducta de Telcel consistente en la diferenciación de tarifas *On-net* y *Off-net*, y sus posibles efectos u objetos, precisamente incluyendo los años dos mil seis a dos mil diez y siguientes. Es decir, la materia de dichos expedientes fue analizar los efectos en el proceso de competencia y libre concurrencia de las mismas conductas que fueron supuestamente analizadas en el OPR que se contesta.

Tanto los denunciantes de los expedientes DE-037-2006 y acumulados, como las empresas de "Iusacell", como los Denunciantes, promovieron juicios de amparo indirecto en contra de la Resolución RA-007-2011 todos los cuales, finalmente, fueron sobreseídos en determinaciones indiscutibles y firmes.

Es decir, la Resolución RA-007-2011 constituye *res judicata* y en ello se resolvió sobre la responsabilidad imputada a Telcel en relación con las prácticas de que aquí se le acusa, así como sobre esos hechos y sus efectos.

El efecto en el proceso de competencia y libre concurrencia de las mismas conductas materia del Expediente ya han sido objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad especializada, como lo ha sido la supuesta responsabilidad de Telcel por las conductas que se le imputan. Al respecto, la CFC ya resolvió por determinación firme que quedó sin efectos o no existió práctica monopólica relativa alguna y que, en todo caso, se restauró y protegió el proceso de competencia y libre concurrencia.

Más importante aún, en la Resolución RA-007-2011 se determinó:

"RESOLUTIVOS

[...]

Segundo.- Son procedentes y se aceptan los compromisos presentados por TELCEL en virtud de que los medios propuestos resultan idóneos y económicamente viable para no llevar a cabo la práctica o dejarla sin efectos y los compromisos tienen como consecuencia restaurar o proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

Tercero.- Por virtud de la aceptación de los compromisos, se revoca la resolución del siete de abril de dos mil once, dictada en

el expediente DE-037-2006 y acumulados, que decretó la imposición de una multa a Telcel por la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE.

Cuarto.- Se determina no imputar responsabilidad a Telcel, por haberse acogido al beneficio de terminación anticipada del procedimiento establecido en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.

Quinto.- Telcel queda sujeta al procedimiento de verificación previsto en el artículo 38 bis de la LFCE y, en caso de incumplimiento, se podrá hacer acreedora a una sanción en los términos previstos en el artículo 35, fracción XI, de la LFCE [...]."

La autoridad en materia de competencia económica resolvió que por la práctica comercial que ahora se pretendió analizar en el OPR no se imputa responsabilidad alguna a Telcel, amén de que se determina que la misma práctica monopólica que aquí se imputa por las mismas causas no se llevó a cabo o se dejó sin efectos, y que los compromisos aceptados han tenido como consecuencia restaurar o proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

En relación con los mismos hechos, conductas y causas que se intentan en el OPR para imputar probables prácticas monopólicas relativas a Telcel, ya se resolvió previamente que no se imputa responsabilidad alguna a Telcel. Así, en términos de los preceptos aludidos, sí hubo ya un juicio en que se determinó expresamente no imputar responsabilidad a Telcel, de manera que se resolvió aquella instancia y ya no es posible intentar juzgar a Telcel nuevamente por lo mismo. *Non bis in ídem.*

Por si lo anterior fuera poco, en sesión del pasado tres de junio de dos mil quince el Pleno de este IFT concluyó que los compromisos de Telcel aceptados por el Pleno de la CFC en la Resolución RA-007-2011:

“1. Fueron idóneas y económicamente viables para dejar sin efectos o no realizar la práctica monopólica relativa: toda vez que la tarifa del Servicio de Terminación que propuso Telcel fue igual o razonablemente cercana a costos para el año de dos mil once de acuerdo al modelo de la Cofetel e implicó reducciones para los años posteriores. Las tarifas propuestas se ajustaron a los estándares de las mejores prácticas internacionales y a los propuestos por la autoridad reguladora para su determinación. Adicionalmente, la oferta pública permitió constatar que la tarifa del Servicio de Terminación no constituye un instrumento para elevar los costos de los competidores.

2. Se restauró y protegió el proceso de competencia y libre concurrencia en atención a que las tarifas del Servicio de Terminación que se propusieron permitieron que los concesionarios de las redes públicas de Telecomunicaciones fijas o móviles pudieran

ofrecer a sus usuarios tarifas por el Servicio de Terminación de Llamadas en la red de Telcel que sean competitivas con las que éste ofrece a sus usuarios finales”.

También el Pleno del IFT, máxima autoridad actual en materia de competencia económica por cuanto se refiere al sector de las telecomunicaciones y radiodifusión, ya se pronunció previamente sobre la misma causa y determinó que los compromisos asumidos por Telcel fueron suficientes para dejar sin efectos o no realizar la práctica monopólica relativa analizada en el expediente DE-037-2006 y acumulados (misma práctica monopólica que la que se imputa en el Expediente).

Finalmente, el Pleno del Instituto resolvió que en todo caso el proceso de competencia y libre concurrencia quedó restaurado y protegido con los compromisos asumidos y cumplidos por Telcel, lo que también constituye una resolución definitiva por cuanto a que no existe efecto anticompetitivo alguno derivado de las conductas de Telcel.

En ese orden de ideas, en observancia del principio de *non bis in idem* consagrado en el artículo 23 de la CPEUM y demás preceptos invocados, debe decretarse que no es posible jurídicamente intentar juzgar nuevamente a Telcel por causas, hechos, conductas y efectos que ya fueron materia de resolución terminal en otro procedimiento por parte de las autoridades de competencia económica, por lo que debe cerrarse el presente procedimiento sin imputar responsabilidad alguna a Telcel.

Ello en adición y con independencia de que, como se verá más adelante, las resoluciones invocadas que son terminales y están firmes tienen efectos de cosa juzgada material y refleja sobre el Expediente, lo que también impide que pudiera imputarse responsabilidad alguna a Telcel.

Cosa juzgada refleja¹⁵²

Las imputaciones del OPR deben desestimarse y en todo caso este procedimiento deviene improcedente en razón de que sobre su causa, hechos, materia y efectos existen ya resoluciones terminales con fuerza de cosa juzgada que deben tener, cuando menos, efectos reflejantes en la especie, y que determinan que no ha de imputarse responsabilidad alguna a Telcel por las prácticas monopólicas relativas imputadas y, en todo caso, que el proceso de libre concurrencia y competencia ha quedado protegido, prevenido o restaurado.

Lo cierto es que deben prevalecer en esta causa, en aras de los principios constitucionales de seguridad y certeza jurídica, así como de audiencia, y en virtud de los fines que persiguen los artículos 14, 16, 17, 23, 25 y 28 de la CPEUM, los efectos firmes de la resolución de aceptación de los compromisos de treinta de abril de dos mil doce emitida por el Pleno de la CFC así como los propios de la declaración del IFT sobre su total cumplimiento, que son resoluciones firmes con autoridad de cosa juzgada, pues jurídicamente tienen en la especie el efecto reflejante consistente en que en relación con las conductas que se imputan a Telcel en el OPR durante los años dos mil siete a dos mil diez no es posible imputarle responsabilidad alguna, amén de

¹⁵² Folios 52833 a 52842 del Expediente.

que a ese respecto y sobre esa causa y hechos el proceso de competencia y libre concurrencia está prevenido, protegido, salvaguardado y/o restaurado.

Como es del pleno conocimiento del IFT, mediante la Resolución DE-37-2006 y acumulados, el Pleno de la CFC determinó que con la diferenciación de tarifas *On-Net* y *Off-Net* Telcel había incurrido en la práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, por lo que le impuso una multa billonaria sin precedentes. La práctica ahí imputada es la misma que la que se pretende en el OPR que se contesta.

Ahora bien, dentro del expediente RA-007-2011 formado con motivo del recurso de reconsideración interpuesto por Telcel en contra de la Resolución DE-37-2006 y acumulados, se emitió la Resolución RA-007-2011, en virtud de ser idóneos y económicamente viables para no llevar a cabo la práctica o dejarla sin efectos y por tener como consecuencia restaurar o proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, por unanimidad de votos el Pleno de la CFC mediante la cual se resolvió en definitiva aceptar los compromisos ofrecidos por Telcel en el expediente RA-007-2011, dejando insubsistente y revocando expresamente la Resolución DE-37-2006 y acumulados sin imponer responsabilidad alguna a Telcel.

La materia de los expedientes DE-037-2006 y acumulados y RA-007-2011 fue analizar la conducta imputada a Telcel [Sic] fue la misma a que se refiere el OPR que se contesta, y ahí se aludió a la diferenciación de tarifas *On-Net* y *Off-Net*, y sus posibles efectos u objeto, precisamente incluyendo los años dos mil seis a dos mil diez y siguientes. Es decir, la materia de dichos expedientes fue analizar los efectos en el proceso de competencia y libre concurrencia de las mismas conductas que han sido analizadas en el OPR que se contesta.

Respuesta

A efecto de determinar si resulta fundado el argumento de la emplazada relativo a la actualización del principio *non bis in ídem*, es necesario determinar si los hechos denunciados en el Expediente son los mismos que los hechos denunciados y que fueron objeto de estudio en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto).

3.1. Hechos analizados en los expediente DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto)

3.1.1 Hechos analizados

En el procedimiento sustanciado en el expediente DE-37-2006 y acumulados y en el expediente RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013), se acreditó la existencia de hechos consistentes en que Telcel, en la prestación del servicio de telefonía local *On-net*: (i) se auto imputaba un costo por el servicio de Terminación en su RPT menor a la tarifa que cobraba a los terceros concesionarios de RPT solicitantes del servicio de Terminación en esa red; y (ii) ofreció tarifas a sus usuarios finales del servicio de telefonía móvil menores a las tarifas de Terminación que cobró a otros concesionarios de RPT.

La ocurrencia de estos hechos se acreditó para el periodo comprendido del veintinueve de junio de dos mil seis al siete de abril de dos mil once. A esta última fecha, el Pleno de la CFC no tenía evidencia en el expediente de que los hechos se hubieran suspendido, por ende, la fecha del siete de abril de dos mil once corresponde a aquella en la que la autoridad debió emitir la resolución en el expediente DE-37-2006 y acumulados.

3.1.2. Los hechos analizados constituyeron una práctica monopólica prohibida por la LFCE

Teniendo por acreditados los hechos, la autoridad entonces actuante determinó que actualizaron los supuestos previstos en el proemio y en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE.

Así, Telcel fue declarado responsable de la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI de la LFCE, en virtud de que: (i) tratándose del servicio de Terminación en la RPT de Telcel, este agente económico se auto imputaba un costo menor que la tarifa que cobraba a los terceros concesionarios de RPT que solicitaban el mismo servicio; y (ii) la tarifa del servicio de Terminación en la RPT de Telcel que este agente económico cobraba a los concesionarios solicitantes resultaba incluso mayor que la tarifa cobrada por el servicio de telefonía móvil en llamadas On-Net que prestaba a sus propios usuarios.

Dicha conducta actualizó lo dispuesto en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, pues se acreditó que tenía por objeto o efecto, directo o indirecto, aumentar los costos y reducir la demanda que enfrentaban sus competidores en los mercados del servicio de telefonía local móvil y fija. Lo anterior, toda vez que, los concesionarios de RPT fijos y móviles tenían que pagar una tarifa por el servicio de Terminación en la RPT de Telcel, y por ese insumo asumían costos significativamente mayores que los precios mínimos y adicionales On-net que Telcel ofrecía a sus usuarios finales del servicio de telefonía local.

Mercado relevante

Se definió como: “La comercialización del servicio de terminación conmutada prestado por Telcel en sus RPTs móviles a terceros concesionarios de RPTs solicitantes”.¹⁵³ De esta definición se desprende que el servicio relevante corresponde a la “terminación de llamadas locales en la RPT móvil de Telcel”¹⁵⁴ y la dimensión geográfica se definió como “la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel”.¹⁵⁵

*Mercados relacionados*¹⁵⁶

En la resolución DE-37-2006 y acumulados se señaló que los concesionarios de RPT que demandaban el servicio de Terminación en la RPT de Telcel, como un insumo para proveer los servicios de telefonía local fijos o móviles a los usuarios finales participaban en los mercados relacionados de telefonía local fija y móvil.

En particular: Alestra, Marcatel, Megacable, Protel y GTM participaban en el mercado relacionado del servicio de telefonía local fija; y Telefónica en el mercado relacionado del servicio de telefonía local móvil. Estos agentes económicos fueron denunciante en el procedimiento referido.

Es decir, se determinó que los hechos tenían el objeto o efecto previsto en el proemio del artículo 10 de la LFCE, consistente en desplazar indebidamente a otros agentes económicos en los **mercados relacionados del servicio de telefonía local fija** y del **servicio de telefonía local móvil**; y otorgar

¹⁵³ Página 51 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

¹⁵⁴ Página 47 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

¹⁵⁵ Página 50 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

¹⁵⁶ Página 51 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

ventajas exclusivas a favor de Telcel, en el mercado relacionado de **telefonía local móvil**, y de Telmex y Telnor como integrantes del GETTT, en el mercado relacionado de **telefonía local fija**.¹⁵⁷

Poder sustancial

En el expediente DE-37-2006 y acumulados, se concluyó que Telcel detenta poder sustancial en el Mercado Relevante en atención a que:

1. Es el único oferente en el Mercado Relevante determinado como la terminación en la RPT móvil de Telcel, donde tiene una participación de cien por ciento.
2. Tiene la capacidad para establecer las tarifas de los servicios relevantes a niveles que no pueden ser contrarrestados por otros concesionarios.
3. Es el único que puede ofrecer el servicio relevante, dado que una característica importante del servicio de terminación de llamadas en una RPT es que únicamente la RPT del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión que permiten terminar la llamada en el número de suscriptor de sus servicios.
4. No tiene competidores en el Mercado Relevante.

Duración de la conducta

En la Resolución DE-37-2006 y acumulados se determinó que:

“[...] la conducta probablemente violatoria de la LFCE tiene una duración del veintinueve de junio de dos mil seis a la fecha de emisión del OPR (a la fecha de emisión de la presente resolución no hay evidencia en el expediente de que haya sido eliminada).

[...]

Duración de la práctica

La práctica tiene una duración del veintinueve de junio de dos mil seis, [...] y no se tiene evidencia en el expediente de que se haya suprimido, por lo que permanece hasta el presente, de tal forma que su duración se ha extendido por más de cuatro años y medio, persistiendo en su comisión”. [Énfasis añadido].

De lo anterior, se advierte que en la Resolución DE-37-2006 y acumulados se concluyó que la práctica monopólica relativa era **continuada**, es decir, para la imposición de la multa se consideró el periodo comprendido entre el **veintinueve de junio de dos mil seis** hasta la emisión de dicha resolución, esto es, el **siete de abril de dos mil once**.

Derivado de los elementos de análisis enumerados anteriormente, el Pleno de la CFC concluyó lo siguiente:

“[...]

Segunda. *La existencia de elementos probatorios recabados durante la investigación, aquéllos que fueron aportados por Telcel en su escrito de contestación al OPR, y los exhibidos en la etapa de diligencias probatorias adicionales (pruebas para mejor proveer) durante el procedimiento seguido en forma de juicio, permite acreditar y sustentar la práctica monopólica relativa a que*

¹⁵⁷ Página 492 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

se refiere la fracción XI del artículo 10 de la LFCE consistente en la “acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores”, la cual tiene por objeto y efecto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos y crear ventajas económicas en favor de uno o más agentes económicos.

Tercera. Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de terminación de llamadas en su red de cobertura nacional. Su poder deriva, entre otras razones, del hecho de ser el único concesionario que presta dicho servicio, y de que la interconexión con Telcel es indispensable para la viabilidad de cualquier empresa de telefonía, ya que su red le brinda servicio al 71% (setenta y un por ciento) de los clientes de telefonía móvil en México [...].

Cuarta. [...] La práctica de Telcel se traduce en la imposibilidad para otros operadores de replicar los diferentes planes que ofrece al usuario final de manera rentable para alcanzar a un amplio universo de usuarios del servicio móvil. La ventaja en costos creada por Telcel es artificial, pues no se basa en eficiencia alguna, sino en el abuso de su posición de mercado. Así, se desplaza indebidamente a los demás oferentes de servicios de telefonía que compiten con el grupo económico Telcel-Telmex-Telnor, y se refuerzan los incentivos de los consumidores para mantenerse en o cambiarse a la red de Telcel.

Quinta. La conducta de Telcel afecta a las empresas y los consumidores en mercados en que existen casi veinte millones de líneas de telefonía fija y más de ochenta y tres millones de líneas de telefonía móvil [...].

Por lo anteriormente expuesto, se emiten los siguientes:

Resolutivos

Primero. Se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa, prevista en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE, por parte de [Telcel].

Segundo. Con fundamento en el artículo 35, fracción I, de la LFCE se ordena la supresión de la práctica monopólica relativa por parte de [Telcel].

Tercero. Con fundamento en los artículos 35, párrafos segundo y tercero, y 36 de la LFCE se impone una multa a [Telcel] por la cantidad de \$11, 989, 653, 276.40 (once mil novecientos ochenta y nueve millones seiscientos cincuenta y tres mil doscientos setenta y seis pesos 40/100 M.N.).

Cuarto. Con fundamento en los artículos 2 y 10 de la LFCE, se ordena a [Telcel] presentar un esquema de cumplimiento para la corrección o supresión de la práctica monopólica imputada en un plazo que no exceda de 30 (treinta) días hábiles, a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de la presente resolución.

[...].”¹⁵⁸

En la Resolución DE-37-2006 y acumulados, el Pleno de la CFC resolvió que se acreditaba la práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE y por ende, impuso una sanción a Telcel.

¹⁵⁸ Páginas 527 y 528 de la Resolución DE-37-2006 y acumulados.

En contra de la sanción impuesta en la Resolución DE-037-2006 y acumulados, Telcel interpuso un recurso de reconsideración que se tramitó en el expediente RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto). Durante la tramitación de ese recurso, Telcel presentó compromisos con la intención de acogerse al beneficio de terminación anticipada, el cual se encuentra previsto en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.

Al respecto, el Pleno de la CFC determinó que los compromisos presentados por Telcel eran procedentes en virtud de que los medios propuestos resultaron idóneos y económicamente viables para no llevar a cabo la práctica monopólica o dejarla sin efectos, en los siguientes términos:¹⁵⁹

“Tal y como se vio al analizar los compromisos, tenemos que:

a) Son idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos o no realizar la práctica: toda vez que la TARIFA DE TERMINACIÓN que propone es igual o razonablemente cercana a costos para el dos mil once de acuerdo al modelo de costos de la COFETEL e implica reducciones para años posteriores hasta el año dos mil catorce que garantizan que serán iguales o al menos razonablemente cercanas a costos de proveer el servicio. Las tarifas propuestas se ajustan a los estándares de las mejores prácticas internacionales y a los parámetros propuestos por la COFETEL para su determinación. Adicionalmente, con la oferta pública los operadores competidores de TELCEL podrán programar sus inversiones al tener transparencia respecto de las condiciones, precios y términos que ofrece en la prestación del servicio y ya no constituyen un incremento en los costos de sus competidores que los obliguen a reducir sus márgenes de ganancia o a asumir la pérdida de clientes, sino que les permite competir en igualdad de circunstancias en los mercados relacionados de STL fija y móvil. El acceso a la información de tarifas, ventas, tráfico, niveles de suscripción, intensidad de uso de cada plan tarifario, condiciones de comercialización, entre otros; a un nivel desagregado suficiente permitirá constatar que la TARIFA DE TERMINACIÓN no se constituya en un instrumento para elevar los costos de competidores actuales o potenciales. Lo anterior conlleva a que ya no se produzca un posible desplazamiento ni que se otorguen ventajas exclusivas a favor del GETTT atribuibles a esa práctica.

b) Se restaura o protege el proceso de competencia y libre concurrencia: en atención a que las TARIFAS DE TERMINACIÓN que se proponen permiten que los concesionarios de RPT's fijas o móviles puedan ofrecer a sus usuarios tarifas por la terminación de llamadas en la RPT de TELCEL que sean competitivas con las que ésta ofrece a sus usuarios finales”.

En atención a lo anterior, Telcel quedó (i) sujeto al procedimiento de verificación previsto en la LFCE; y (ii) apercibido de que en caso de incumplir los compromisos establecidos en la Resolución RA-007-2011 podría hacerse acreedor a una sanción en términos de lo previsto en el artículo 35, fracción XI, de la LFCE.

En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la CPEUM y en los artículos 1°, 2°, 8°, 23, 24, fracciones I y XIX de la LFCE, la CFC tenía a su cargo la protección del proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención, investigación y combate de los monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones prohibidas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios en los Estados Unidos Mexicanos. Tras las reformas realizadas mediante el Decreto, estas facultades corresponden ahora a esta autoridad, por lo cual, este Instituto dio el seguimiento correspondiente a la verificación del

¹⁵⁹ Página 57 de la resolución del treinta de abril de dos mil doce emitida en el expediente RA-007-2011 del índice de la CFC, que corresponde al expediente número E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto.

cumplimiento de los compromisos referidos dentro del expediente RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) desde su fecha de constitución, en septiembre de dos mil trece.

Mediante acuerdo emitido por el Pleno del Instituto en la IX sesión ordinaria de fecha tres de junio de dos mil quince, dentro de expediente E-IFT/UC/RR/0003/2013, se determinó que al haber presentado Telcel la totalidad de la información y documentación requerida, se tenían por cumplidos en su totalidad los compromisos impuestos en la Resolución RA-007-2010.¹⁶⁰

De esta manera, atendiendo a lo razonado en la Resolución RA-007-2010 por el Pleno de la CFC, el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados relacionados de telefonía fija y móvil fue restaurado por el cumplimiento de los compromisos.

En síntesis, el Pleno de la CFC resolvió que los hechos analizados en el expediente DE-037-2006 y acumulados constituyeron una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE. En consecuencia, impuso una sanción que posteriormente, en la resolución emitida en el expediente RA-007-2010 dejó sin efectos, debido a que Telcel ofreció compromisos idóneos y económicamente viables para restaurar el proceso de competencia y libre concurrencia.

En ese orden de ideas, resulta indiscutible que los hechos acreditados en la Resolución DE-037-2006 y acumulados sí constituyeron una práctica monopólica relativa prohibida, cuyo objeto o efecto (i.e. afectación competitiva) consistió en el desplazamiento de concesionarios de RPT usuarios del servicio de Terminación en la RPT de Telcel, del mercado relacionado de la provisión del servicio de telefonía fija y móvil a usuarios finales, durante el periodo comprendido del veintinueve de junio de dos mil seis al siete de abril de dos mil once.

3.2. Hechos denunciados en el Expediente

Esta autoridad concluye que existen elementos en el Expediente que acreditan la existencia de los hechos denunciados consistentes en que Telcel se auto imputó una Tarifa de Terminación menor a la que cobró a los Denunciantes por el servicio de Terminación en su RPT, durante el periodo comprendido de enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez.

Lo anterior, tiene soporte probatorio en el diferencial que se advierte de las facturas presentadas por los Denunciantes;¹⁶¹ los convenios de interconexión registrados por Telcel ante la Cofetel¹⁶² y

¹⁶⁰ En el resolutivo Tercero del acuerdo referido se determinó: “Tercero. Con base en el acuerdo Segundo y el Acuerdo emitido por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia el veintinueve de agosto de dos mil trece, el Pleno de este Instituto Federal de Telecomunicaciones, **tiene por cumplidos por parte de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., la totalidad de los Compromisos establecidos por la Comisión Federal Competencia en la resolución de treinta de abril de dos mil doce**” [énfasis añadido].

¹⁶¹ Copia de diversas facturas por los servicios de interconexión/Terminación de Llamadas de Telcel directamente con Operbes (folios 44546 a 44552, 44623 a 45024, 45030 a 45812 del Expediente), Bestphone (folios 40147 a 44379 del Expediente), Cablemás (folios 943 a 1057 del Expediente) y Cablevisión (1101 a 1103 y 45814 del Expediente), e indirectamente con TVI y Cablevisión (folios 44468 a 45814 del Expediente).

¹⁶² Los Convenios de Interconexión entre: i) Cablevisión y Bestphone se encuentran en Folios 3849 a 5993 del Expediente; ii) Cablemás y Telcel, en Folios 517 a 639, 850 a 882 del Expediente, 11701 a 11962, 31455 a 31520, 31810 a 31943, 34768 a 34830, 49352 a 49413 del Expediente; iii) Cablemás y Bestphone en Folios 4019 a 4601, 4830 a 4888, 11963 a 12045, 12261 a 12500, 16303 a 16381 del Expediente; iv) Cablevisión y Telcel en Folios 7371 a 7455,

las metodologías empleadas en el OPR, como se refiere en el numeral 2.2. del considerando Sexto de esta resolución.

En la etapa seguida en forma de juicio, Telcel no presenta elementos de convicción que desvirtúen la información contenida en los documentos probatorios referidos y tampoco el análisis contenido en las tres metodologías presentadas en el OPR contenido en el Expediente. Lo anterior aunado a que en la etapa de investigación, a pesar de haber sido requerida expresamente por la autoridad, Telcel no proporcionó información ni documentación que permitiera determinar las tarifas que Telcel se autoimputó en el uso del servicio de Terminación en su RPT.¹⁶³

En su respuesta al OPR, Telcel se limita a rechazar que las metodologías sean válidas, sin aportar al procedimiento cifras obtenidas de metodologías y fuentes de información que a su juicio fuesen válidas. Esto es, Telcel no presentó cifras que contrasten con las que se obtuvieron por las metodologías y fuentes utilizadas por el OPR, lo que implica que sus manifestaciones resulten gratuitas.

Con base en los mismos elementos probatorios, se acredita que los hechos denunciados ocurrieron de **enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez.**

Así, queda acreditado que durante este periodo Telcel se autoimputó una Tarifa de Terminación menor a la que cobró a los Denunciantes por el servicio de Terminación en su RPT, lo que tuvo por objeto y/o efecto desplazar indebidamente a agentes económicos que participan en el mercado relacionado del servicio de telefonía fija, entre ellos a los Denunciantes.

3.3. Actualización del principio non bis in ídem

De los elementos referidos en los numerales “1.1 Hechos analizados” en el expediente DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) y “2. Hechos denunciados en el Expediente” se advierte que:

- (i) Los hechos denunciados en el Expediente se encuentran comprendidos dentro de aquellos que fueron objeto de análisis y materia del procedimiento sustanciado en los expedientes DE-037-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto), y**
- (ii) De acuerdo con la resolución de CFC del siete de abril de dos mil once, emitida en el expediente DE-037-2006 y acumulados, fueron considerados como constitutivos de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI de la LFCE.**

Es decir, se advierte una identidad de hechos entre lo resuelto por la CFC y los hechos denunciados en el Expediente, la cual se ilustra en la siguiente tabla.

Tabla 1. Comparativo

30107 a 30187, 49269 a 49351, 49414 a 49471 del Expediente; y v) Telcel y Bestphone en Folios 49133 a 49268 del Expediente.

¹⁶³ Folios 47659 a 47671 y 47976 a 48040 del Expediente.

Expedientes		
	DE-37-2006 y acumulados RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto)	AI/DE-002-2015
Emplazada	Telcel	Telcel
Fundamento	Fracción XI del artículo 10 de la LFCE.	Fracción XI del artículo 10 de la LFCE.
Servicio en el que ocurren los hechos	La comercialización del servicio de terminación conmutada prestado por Telcel en sus RPT móviles a terceros concesionarios de RPT solicitantes. Servicio relevante: la terminación de llamadas locales en la RPT móvil de Telcel. Dimensión geográfica: la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel.	El servicio de Terminación prestado por Telcel en el ámbito geográfico cubierto por su RPT del servicio de telefonía móvil a los distintos concesionarios de RPT. Servicio: la Terminación en la RPT de Telcel. Dimensión geográfica: la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel.
Servicios en donde tienen impactos los hechos	1. Servicio de telefonía local móvil; y 2. Servicio de telefonía local fija.	1. Servicio de telefonía fija.
Duración de los hechos	Veintinueve de junio de dos mil seis al siete de abril de dos mil once. Ésta última, corresponde a la fecha de emisión de la resolución, pues no se tenían pruebas de que la conducta se hubiera suspendido.	De enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez.
Denunciantes	Operadores de telefonía fija y móvil 1) Axtel, S.A. de C.V. 2) Alestra, S. de R.L. de C.V. 3) Marcatel Com, S.A. de C.V. 4) Megacable Comunicaciones de México, S.A. de C.V. 5) Protel I-Next, S.A. de C.V. 6) El GIE encabezado por Telefónica Móviles México, S.A. de C.V., que se encuentra conformado por: i) Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; ii) Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; iii) Movitel del Noroeste, S.A. de C.V. y iv) Celular de Telefonía, S.A. de C.V. 7) Grupo de Telecomunicaciones Mexicanas, S.A. de C.V.	Operadores de telefonía fija 1) Cablemás; 2) Bestphone; 3) Cablevisión y 4) TVI.

En atención a lo anterior, esta autoridad encuentra que existe una **identidad de sujeto, hecho y fundamento** entre los elementos que fueron analizados en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) y los denunciados en el Expediente, tal como se explica a continuación.

3.3.1. Naturaleza del procedimiento

En primer lugar, corresponde determinar si el procedimiento que se sustancia en el Expediente tiene la misma naturaleza que el sustanciado en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011(E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto).

A este respecto, se verifica que en el procedimiento sustanciado en el expediente DE-37-2006 y acumulados, así como en el recurso de reconsideración RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) tiene el mismo propósito que el procedimiento sustanciado en el Expediente: identificar si los hechos constituyen una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE.

3.3.2. Identidad en el Fundamento

En el expediente DE-37-2006 y acumulados, el Pleno de la CFC resolvió que Telcel era responsable de realizar una práctica monopólica relativa en términos de la fracción XI del artículo 10 de la LFCE que textualmente dispone:

“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

[...]

XI. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

[...]”.

En ambos procedimientos, se sustanció la etapa seguida en forma de juicio a que se refiere el artículo 33 de la LFCE.

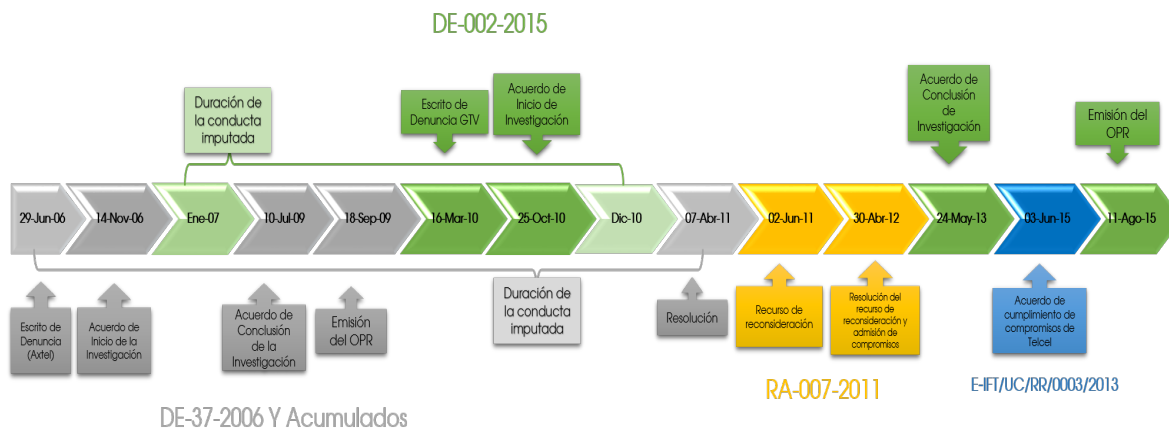
3.3.3. Identidad de Sujeto

Tanto en el Expediente como en el expediente DE-37-2006 y acumulados, se acredita que el agente económico que realiza los hechos analizados es Telcel, que forma parte del GETTT.

Si bien los denunciados no son los mismos en esos procedimientos, este elemento no es relevante para determinar la actualización del principio de *non bis in ídem*, pues lo relevante es el sujeto responsable de los hechos y no los sujetos en quienes recaigan los efectos de la conducta.

3.3.4. Identidad en los Hechos

Como se verifica de los apartados “1. Hechos analizados” en el expediente DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) y “2. Hechos denunciados en el Expediente” y de la **Tabla 1**, los hechos y su temporalidad son coincidentes en ambos procedimientos. Para pronta referencia, la duración de los hechos se ilustra en el siguiente gráfico.



3.3.5 Conclusión

De lo expuesto en este considerando se tienen por probados los hechos imputados en el OPR como constitutivos de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción XI de la LFCE.

Asimismo, se acredita que, como lo hace valer Telcel, dichos hechos ya fueron analizados y juzgados por el Pleno de la CFC, originalmente en la resolución del siete de abril de dos mil once, emitida en el expediente DE-037-2006 y acumulados, teniendo por acreditada la comisión de la práctica monopólica relativa, resolución que fue recurrida y dio lugar a la resolución definitiva de fecha treinta de abril de dos mil doce, emitida por el Pleno de la CFC en el expediente RA-007-2011, que aceptó los compromisos ofrecidos por Telcel por considerarlos idóneos y económicamente viables para restaurar el proceso de competencia y libre concurrencia.

Así, ante la identidad de los elementos de *hecho, sujeto y fundamentación*, se actualiza el principio de *non bis in idem* entre el Expediente con un procedimiento previo resuelto con anterioridad por el Pleno de la CFC.

En virtud que existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento entre los hechos que fueron objeto de análisis en los expedientes DE-37-2006 y acumulados, RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto) y los hechos denunciados en el Expediente, resulta procedente la aplicación del principio *non bis in idem* en el Expediente, por lo que esta autoridad se encuentra imposibilitada para sancionar de los elementos que ya han sido objeto de pronunciamiento por la autoridad en expedientes previos.

Ahora bien, el principio *non bis in idem* prevé que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, ya sea que en el juicio se absuelva o se condene. Por lo tanto, la cosa juzgada material no es la sentencia misma, sino el juzgamiento y la decisión sobre los hechos materia del procedimiento.

El trasfondo de la garantía constitucional, consagrada en el artículo 23 constitucional, se concreta en una institución procesal denominada "*cosa juzgada*", la cual se presenta cuando una resolución no puede ser recurrible en virtud de que se actualiza alguno de los siguientes supuestos: **a)** por su naturaleza no es susceptible de recurso; **b)** porque venció el plazo para recurrirla; **c)** porque una vez interpuesto se abandona o se renuncia al recurso; o bien, **d)** porque se agotaron todos los recursos prescritos para su impugnación; nos encontramos en presencia de la institución de "*cosa juzgada*".

En el caso que nos ocupa, la Resolución DE-37-2006 y acumulados y la Resolución RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto), tienen el carácter de cosa juzgada en sede

administrativa y, más aún, tienen el carácter de cosa juzgada en sede judicial, toda vez que ante estas determinaciones ya no es factible interponer amparo por haberse cumplido alguno de los supuestos referidos en el párrafo anterior.

Ahora bien, la cosa juzgada tiene eficacia directa en el caso que nos ocupa, pues los elementos de sujeto, objeto y causa en el procedimiento sustanciado en el Expediente son idénticos a los del procedimiento sustanciado en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto).¹⁶⁴

En conclusión, como se advierte del análisis realizado respecto de la institución “cosa juzgada” y en atención al principio de derecho *non bis in ídem*, en virtud de que los hechos denunciados en el Expediente se han acreditado y éstos han sido realizados por Telcel y **ya han sido objeto de estudio en una resolución** definitiva emitida por el Pleno de la CFC, el Instituto como autoridad sustituta **se encuentra imposibilitada para sancionar la conducta imputada en el Expediente.**

Asimismo, toda vez que el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de telefonía fija ya fue restaurado de conformidad con lo resuelto por este Instituto en el expediente RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto), el bien jurídico tutelado por la LFCE se encuentra protegido.

Finalmente, ante lo **fundado** y **suficiente** del presente argumento, resulta innecesario que esta autoridad entre al análisis del resto de las manifestaciones expuestas por la emplezada, sirven de sustento los siguientes criterios:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. ESTUDIO INNECESARIO DE LOS. *Habiendo resultado fundado y suficiente para otorgar el amparo solicitado, uno de los conceptos de violación, resulta innecesario el estudio de los demás conceptos de violación vertidos en la demanda de amparo”.*¹⁶⁵

“AGRAVIOS EN LA REVISIÓN FISCAL. SI UNO DE ELLOS RESULTA FUNDADO Y SUFICIENTE PARA DEJAR SIN EFECTOS EL FALLO IMPUGNADO, ES INNECESARIO EL ESTUDIO DE LOS RESTANTES. *Si al analizar los agravios invocados en el recurso de*

¹⁶⁴ Al respecto, resulta aplicable el siguiente criterio: **“COSA JUZGADA. PRESUPUESTOS PARA SU EXISTENCIA.** Para que proceda la excepción de cosa juzgada en otro juicio es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta se invoque concurren identidad **en la cosa demandada (eadem res), en la causa (eadem causa pretendi), y en las personas y la calidad con que intervinieron (eadem conditio personarum).** Ahora bien, si la identidad en la causa se entiende como el hecho generador que las partes hacen valer como fundamento de las pretensiones que reclaman, es requisito indispensable para que exista cosa juzgada se atienda no únicamente a la causa próxima (consecuencia directa e inmediata de la realización del acto jurídico) sino además a la causa remota (causal supeditada a acontecimientos supervenientes para su consumación) pues sólo si existe esa identidad podría afirmarse que las cuestiones propuestas en el segundo procedimiento ya fueron materia de análisis en el primero, y que por ello deba declararse procedente la excepción con la finalidad de no dar pauta a posibles sentencias contradictorias. Lo anterior, en el entendido de que cuando existan varias acciones contra una misma persona respecto de una misma cosa, deben intentarse en una sola demanda todas las que no sean contrarias, ya que el ejercicio de una extingue las otras, salvo que fuera un hecho superveniente debidamente acreditado. Por tanto, es claro que esto último no se daría si la causa remota que se involucra en uno y otro son distintas, con mayor razón si la causa próxima también es otra” [énfasis añadido]. No. Registro: 170 353, Jurisprudencia, Materia :Común., Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Tesis: 1a./J. 161/2007,Pág. 197,

¹⁶⁵ Época: Octava Época; Registro: 220006; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: SJF; Tomo IX, Marzo de 1992; Materia(s): Común; Tesis: II.3o. J/5; Página: 89.

revisión fiscal previsto en el artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (correlativo del precepto 248 del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005), uno de ellos resulta fundado y suficiente para dejar sin efectos el fallo impugnado, es innecesario el estudio de los restantes motivos de queja, pues con ellos no se obtendría algún otro efecto diverso al ya determinado".¹⁶⁶

4. Pronunciamientos sobre consideraciones contenidas en la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016

El Segundo Tribunal al resolver el Recurso de Inconformidad 5/2016, señala que si esta autoridad determina que existe identidad de lo investigado en el Expediente con otro asunto ya resuelto, aun así debe pronunciarse explícitamente sobre si: (1) se realizaron los hechos denunciados y (2) si tales hechos causaron una *afectación* a los Denunciantes.

Toda vez que este Pleno ya se pronunció sobre la existencia de los hechos denunciados, como un elemento *sine qua non*, para acreditar que se actualiza el principio de *non bis in ídem* y de *cosa juzgada*, lo que queda es pronunciarse explícitamente sobre si tales hechos causaron una afectación competitiva a los Denunciantes.

5. Afectaciones competitivas

En esta resolución el Pleno del Instituto determina que los **hechos denunciados en el Expediente** guardan identidad con los hechos analizados en el procedimiento sustanciado en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto). Por tal razón, a los hechos denunciados en el Expediente les corresponden los mismos alcances atribuidos en la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once.

Esto es, respecto de los hechos denunciados en el Expediente, **los Denunciantes sufrieron una afectación competitiva o daño en el mercado relacionado** de la prestación del servicio de telefonía fija a los usuarios finales, para el cual la contratación del servicio de Terminación en la RPT de Telcel es un insumo.

Si bien esta autoridad no puede sancionar los hechos denunciados en el Expediente, sí corresponde señalar que tales hechos existen y que son plenamente coincidentes con los declarados constitutivos de una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, en términos de la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once.

Por lo anterior, debe entenderse que los Denunciantes, respecto de los hechos denunciados cuya existencia se acredita en el Expediente, han sufrido de una afectación competitiva o daño en los siguientes términos:

- a) En el expediente DE-037-2006 y acumulados se identificó que los hechos constituyeron una práctica monopólica relativa, prohibida por la LFCE, que produce el objeto y efecto de desplazar indebidamente a terceros concesionarios de RPT fijas y móviles que compiten con Telmex y Telcel y otorga ventajas exclusivas a favor del Telcel y el GETTT.

¹⁶⁶ Época: Novena Época; Registro: 166750; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: SJF y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Administrativa; Tesis: I.7o.A. J/47; Página: 1244.

- b) De acuerdo con la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once, tal afectación o daño competitivo fue resultado de que Telcel incrementó las tarifas de Terminación en su red, lo que a su vez incrementó los costos y redujo los márgenes de ganancia de los Denunciantes y otros competidores en la provisión de los servicios de telefonía fija a usuarios finales.

Esta conducta provocó que los competidores del GETTT, para poder competir con ese Grupo de Interés Económico, tuvieran que: i) establecer precios por los STL fijos y móviles con terminación en la RPT de Telcel que les permitieran recuperar sus costos y, en consecuencia, enfrentar una reducción en la demanda por sus STL; o ii) establecer precios por los STL fijos y móviles con terminación en la RPT de Telcel comparables con los que Telcel ofrece en los STL móvil y, al hacerlo, asumir pérdidas en la prestación de sus STL fijos y móviles.¹⁶⁷

Así, a partir de la **afectación competitiva o daño** al proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados, atribuible a los **hechos denunciados**, los Denunciantes o cualquier otro agente económico participante en los mercados relacionados podrían, por vía y ante autoridad diversas (la judicial) reclamar daños y perjuicios en términos de la LFCE (condición que subsistió en reformas posteriores a la Ley Federal de Competencia Económica y la ley vigente), como se señala en el Considerando Tercero de la presente resolución.

Con base en los elementos anteriores, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los siguientes:

IV. Resolutivos

PRIMERO.- De conformidad con lo analizado en los considerandos Segundo y Cuarto de esta resolución, se deja sin efectos la resolución emitida por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis para los efectos previstos en los artículos 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 200, párrafo tercero, de la Ley de Amparo.

SEGUNDO.- De conformidad con el análisis realizado en el Considerando Octavo, numeral 3.2 de esta resolución, se concluye que **se acredita la realización de los hechos denunciados** entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez; y que tales hechos **causaron una afectación competitiva o daño** a los Denunciados durante su realización, como se señala en mismo Considerando Octavo, numeral 5 de esta resolución.

TERCERO.- De conformidad con el análisis realizado en el Considerando Octavo, numeral 3.3 de esta resolución, se determina que los hechos denunciados constituyen una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, pero no es posible imponer una sanción en atención a la actualización del principio ***non bis in ídem***.

¹⁶⁷ Página 493 de la Resolución DE-037-2006 y acumulados.

CUARTO.- Notifíquese personalmente.

La presente Resolución fue aprobada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su LIII Sesión Ordinaria celebrada el 13 de diciembre de 2017, en lo general por unanimidad de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar, Adriana Sofía Labardini Inzunza, María Elena Estavillo Flores, Mario Germán Fromow Rangel, Adolfo Cuevas Teja, Javier Juárez Mojica y Arturo Robles Rovalo.

En lo particular, la Comisionada Adriana Sofía Labardini Inzunza manifiesta voto en contra del Resolutivo Segundo.

La Comisionada María Elena Estavillo Flores manifiesta voto concurrente en el Resolutivo Primero; así como en los Resolutivos Segundo y Tercero, en relación con el Considerando Octavo.

Lo anterior, 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/131217/880.

La Comisionada Adriana Sofía Labardini Inzunza, previendo su ausencia justificada a la sesión, emitió su voto razonado por escrito, en términos de los artículos 18 segundo párrafo de la Ley Federal de Competencia Económica; y 8 segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.