

Los textos que aparecen "CONFIDENCIAL POR LEY" corresponden a información confidencial de conformidad con lo establecido en los artículos 31 bis, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica; 113 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en lo dispuesto por el lineamiento Trigésimo octavo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas

RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, DA CUMPLIMIENTO A LA EJECUTORIA DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADO EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES, CON RESIDENCIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO Y JURISDICCIÓN EN TODA LA REPÚBLICA DICTADA EN EL AMPARO EN REVISIÓN R.A. 153/2015, DENTRO DEL EXPEDIENTE NÚMERO E-IFT/UCE/RR-001-2018

Ciudad de México, a veintidós de agosto de dos mil dieciocho.- Visto el expediente número E-IFT/UCE/RR-001-2018, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I 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 6º, 7º, 27, 28, 72, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece; Sexto Transitorio, del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de enero de dos mil diecisiete; 1º, 2º, 3º, 23, 24, fracciones IV, V y XIX, 25, 33 bis y 39, de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable al presente procedimiento;¹ 1 y 71 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica;² así como 1, 4, fracción I, 6, fracción XXXVIII, 7, 8 y 12, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, en su XXV Sesión Ordinaria celebrada en esta misma fecha, en cumplimiento a la ejecutoria emitida el veintiséis de abril de dos mil dieciocho, en los autos del toca del amparo en revisión

R.A. 153/2015 del índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de junio de dos mil seis.

² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el doce de octubre de dos mil siete.

República, emite la presente resolución en atención a los Antecedentes, Considerandos y Resolutivos que a continuación se expresan.

En la presente resolución se utilizarán las definiciones y términos establecidos en la Ley Federal de Competencia Económica aplicable al presente procedimiento, así como los acrónimos y términos que se presentan en el siguiente Glosario.

I. GLOSARIO

CFC, Cofeco 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
CFCE	Comisión Federal de Competencia Económica, órgano constitucional autónomo creado en virtud del " <i>Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones</i> ", publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria de conformidad con el artículo 34 bis, párrafo tercero, de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable al presente procedimiento.
Cofetel	Extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, creado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis, el cual dejó de estar en funciones el diez de septiembre de dos mil trece, al integrarse el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones de conformidad con los artículos Sexto y Séptimo Transitorios del " <i>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</i> "; publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Decreto Constitucional	" <i>DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la</i>

CFC, Cofeco 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos. <i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones</i> ; publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
Dictamen o DP	Dictamen Preliminar emitido el veintiocho de abril de dos mil ocho en el expediente DC-08-2007 del índice de la extinta CFC, actualmente E-IFT/UCE/DC-001-2018, del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
Ejecutoria	Sentencia emitida en sesión del veintiséis de abril de dos mil dieciocho por el Primer Tribunal Colegiado de circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República, en el amparo en revisión número R.A. 153/2015.
Escrito de Manifestaciones	Escrito presentado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., ante la oficialía de partes de la Comisión el once de diciembre de dos mil ocho, mediante el cual hizo manifestaciones en contra del DP.
Escrito del Recurso	Escrito presentado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., ante la oficialía de partes de la Comisión el diez de febrero de dos mil diez.
Estatuto Orgánico	Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce y modificado mediante acuerdo publicado en el mismo medio de difusión el veinte de julio de dos mil diecisiete.
Expediente	Las constancias que integran el expediente radicado ante este Instituto Federal de Telecomunicaciones con el número E-IFT/UCE/DC-001-2018, anteriormente DC-08-2007 del índice de la CFC.
Expediente del Recurso	Las constancias que integran el expediente radicado ante este Instituto Federal de Telecomunicaciones con el

CFC, Cofeco 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos. número E-IFT/UCE/RR-001-2018, anteriormente RA-016-2010 del índice de la CFC.
GIE	Grupo de Interés Económico.
Instituto o IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Iusacell	Iusacell S.A. de C.V.
Juzgado	Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializada en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República.
Ley de Transparencia	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el DOF el once de junio de dos mil dos.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, y modificada mediante acuerdo publicado en el mismo medio de difusión el veintiocho de junio de dos mil seis. Ley aplicable al presente procedimiento.
LFT	Ley Federal de Telecomunicaciones.
Llamadas <i>Off-Net</i>	Llamadas entre Redes Públicas de Telecomunicaciones (cuando el concesionario de origen y el concesionario de destino son distintos).
Llamadas <i>On-Net</i>	Llamada que se transmite a través de la misma Red Pública de Telecomunicaciones (cuando el concesionario de origen y el concesionario de destino es el mismo).
MTAPS	Minutos de Tiempo Aire utilizados en promedio por cada Suscriptor.
Nextel	Grupo de empresas conocido como Nextel, entre las cuales se encuentra Operadora de Comunicaciones, S. A. de C. V. e Inversiones Nextel de México, S. A. de C. V.

CFC, Cofeco 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
Resolución 2013	Resolución al recurso de reconsideración dictada el veintiocho de febrero de dos mil trece, en el expediente RA-016-2010, emitida por el Pleno de la CFC, misma que fue dejada insubsistente mediante acuerdo número P/IFT/060618/423 de fecha seis de junio de dos mil dieciocho por el Pleno del Instituto en cumplimiento a la Ejecutoria.
Resolución Definitiva	Resolución emitida el veintiuno de enero de dos mil diez en el Expediente.
RICFC	Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia publicado en el DOF el veintisiete de noviembre de dos mil seis.
RLFCE	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el veintisiete de octubre de dos mil siete.
RPT	Red Pública de Telecomunicaciones
RSL	Reglas de Servicio Local.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
Sentencia	Sentencia de fecha veintiuno de septiembre de dos mil quince, emitida por el Juzgado, dentro del expediente del juicio de amparo 212/2014.
SMS	Servicio de Mensajes Cortos. Permite el envío y recepción de mensajes alfanuméricos de tamaño limitado desde y hacia equipos móviles o fijos que permitan esta función.
Solicitante	"CONFIDENCIAL POR LEY" .
Telcel o Recurrente	Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V.
Telefónica	Pegaso Comunicaciones y Sistemas S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana S.A. de C.V., Movitel del Noroeste S.A.

CFC, Cofeco 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos. de C.V., Telefonía Celular del Norte S.A. de C.V. y Celular de Telefonía S.A. de C.V.
Tribunal Especializado o Tribunal	Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República.
Trunking	Servicio móvil de radiocomunicación de voz y datos a grupos de usuarios determinados utilizando la tecnología de frecuencias portadoras compartidas.
UAFIRDA.	Utilidad Antes de Intereses, Impuestos, Depreciación y Amortización
UCE	Unidad de Competencia Económica, unidad administrativa adscrita al Instituto, que tiene las atribuciones del órgano encargado de la instrucción a que se refiere la Ley Federal de Competencia Económica vigente y las demás que le confieren el Pleno del Instituto a través de acuerdos delegatorios y el Estatuto Orgánico.

II. ANTECEDENTES

Primero. El veintitrés de noviembre de dos mil siete, el Solicitante, por su propio derecho, presentó escrito ante la oficialía de partes de la Comisión, mediante el cual solicitó iniciar el procedimiento a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE, con el propósito de emitir resolución sobre el poder sustancial de Telcel en el mercado de provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final.

Segundo. El treinta de noviembre de dos mil siete, la Comisión desechó la solicitud por notoria improcedencia, toda vez que el escrito del Solicitante y los documentos que acompañó no constituían elementos que motivaran la necesidad de emitir la resolución solicitada, de conformidad con los artículos 33 bis, proemio y fracción I de la LFCE, y 55, fracción I, inciso d) del RLFCE.

Tercero. El diecisiete de diciembre de dos mil siete, el Solicitante interpuso recurso de reconsideración en contra del acuerdo referido en el antecedente inmediato anterior. Dicho recurso fue registrado y admitido bajo el número de expediente RA-037-2007 del índice de la Cofeco.

Cuarto. En sesión ordinaria del doce de marzo de dos mil ocho, el Pleno de la Comisión resolvió declarar fundado el recurso interpuesto por el Solicitante, revocar el acuerdo de treinta de noviembre de dos mil siete antes citado y ordenó emitir un nuevo acuerdo en el que se admitiera a trámite la solicitud.

Quinto. En consecuencia, el cuatro de abril de dos mil ocho, el Secretario Ejecutivo de la Comisión admitió a trámite la solicitud realizada por el Solicitante y se inició el procedimiento identificado bajo el número de expediente DC-08-2007 de su índice, para determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios locales móviles de voz. El extracto correspondiente de dicho acuerdo fue publicado en el DOF el treinta de abril de dos mil ocho.

Sexto. Mediante acuerdo de tres de julio de dos mil ocho, el Pleno de la Comisión determinó ampliar el plazo de la investigación del procedimiento DC-08-2007 por un segundo término de cuarenta y cinco días hábiles. El plazo señalado corrió del día siete de julio al veintitrés de septiembre de dos mil ocho.

Séptimo. El treinta de septiembre de dos mil ocho la Comisión emitió acuerdo de cierre de la investigación.

Octavo. El veintiocho de enero de dos mil ocho, el Pleno de la Comisión emitió el Dictamen respecto al poder sustancial de Telcel en el mercado relevante del servicio de telefonía móvil a nivel nacional.³

Noveno. Mediante escritos presentados los días once y quince de diciembre de dos mil ocho en la oficialía de partes de la CFC, Telcel realizó manifestaciones al Dictamen y ofreció los elementos de convicción que estimó pertinentes, con el carácter de agente económico con interés en el procedimiento, en términos del artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE.⁴

A su vez, por escritos presentados en la oficialía de partes de la CFC el quince de diciembre del dos mil ocho, el Solicitante y el representante legal de las empresas que conforman Telefónica presentaron manifestaciones relativas al Dictamen.⁵

³ El once de noviembre de dos mil ocho, se notificó personalmente a Telcel y el catorce de noviembre del mismo año, se publicaron los datos relevantes del Dictamen en el DOF y la versión pública del Dictamen fue publicada en el sitio de Internet de la Comisión.

⁴ Folios 15633 a 15814 y folios 16116 a 16125 del Expediente.

⁵ Folios 15846 a 15848 y folios 15850 a 15862 del Expediente.

Décimo. Mediante escrito presentado en la oficialía de partes de la Comisión el día veintidós de abril de dos mil nueve, el Solicitante, en su carácter de parte en el procedimiento, solicitó que la Comisión lo tuviera por desistido de la solicitud formulada el veintitrés de noviembre de dos mil siete, así como de continuar siendo parte del presente procedimiento.⁶

En consecuencia, por medio de acuerdo de fecha veintiocho de abril de dos mil nueve, se le tuvo por presentado el escrito mencionado anteriormente, teniéndole por desistido de ser parte del presente procedimiento y por perdidos los derechos procesales a que hubiere lugar.⁷ Asimismo, en dicho acuerdo se le informó al Solicitante que el procedimiento iniciado por la CFC es de interés público, por ello no puede suspenderse ni interrumpirse y debe ser concluido con la resolución correspondiente.

Décimo Primero. Desahogadas todas las pruebas ofrecidas y admitidas dentro del procedimiento DC-08-2007, se emitió el acuerdo de integración del expediente el veintidós de octubre de dos mil nueve.⁸

Décimo Segundo. Mediante acuerdo de fecha uno de diciembre de dos mil nueve, el Pleno de la Comisión acordó prorrogar el plazo para emitir la resolución correspondiente por un término de treinta días hábiles más, en virtud de que la complejidad técnica de los mercados de telecomunicaciones objeto del procedimiento exige una revisión minuciosa de diversas manifestaciones y numerosas pruebas.⁹

Décimo Tercero. Con fecha veintiuno de enero de dos mil diez, el Pleno de la CFC reunido en sesión ordinaria, por mayoría de tres votos, con voto expreso en contra del Comisionado José Agustín Navarro Gergely y voto particular en contra del Comisionado Miguel Flores Bernés, ante la fe del Secretario Ejecutivo, determinaron declarar a Telcel como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional. Dicha resolución fue notificada a Telcel el veintiocho de enero de dos mil diez.

Décimo Cuarto. El día diez de febrero de dos mil diez Telcel interpuso recurso de reconsideración en contra de la Resolución Definitiva, el cual quedó registrado bajo el número de expediente RA-016-2010.

No obstante, mediante acuerdo emitido el mismo día, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión desecharon por notoriamente improcedente el escrito de recurso de reconsideración, en virtud que dicho agente económico carecía de interés

⁶ Folio 16330 del Expediente.

⁷ Folio 16331 del Expediente.

⁸ Folio 18674 del Expediente.

⁹ Folio 18692 del Expediente.

jurídico para interponer dicho recurso. El acuerdo de desechamiento fue notificado personalmente a Telcel el día doce de febrero de dos mil diez.

Décimo Quinto. El día siete de diciembre de dos mil doce se notificó ante la oficialía de partes de la CFC, la ejecutoria emitida el veinte de noviembre de dos mil doce por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el toca 78/2012 relativa al recurso de revisión, derivado del juicio de amparo 421/2010, sustanciado por el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el entonces Distrito Federal, en la que se otorgó el amparo y protección de la justicia federal a Telcel para el efecto de que: "(...) (la Comisión) *deje sin efectos* acuerdo de diez de febrero de dos mil diez, dictado en el expediente RA-016-2010, en el que se desechó el recurso de reconsideración contra la resolución de veintiuno de enero de dos mil diez, dictada en el expediente DC-008-2007; y, tomando en cuenta la (sic) establecido en esta sentencia y en la jurisprudencia en que se apoya, debidamente fundado y motivado, *emita otro y lo notifique a la quejosa* (...)".

Décimo Sexto. En estricto cumplimiento a la sentencia ejecutoria referida en el antecedente anterior, mediante acuerdo de catorce de diciembre de dos mil doce emitido en el Expediente del Recurso: **(i)** se dejó sin efectos el acuerdo de desechamiento de diez de febrero de dos mil diez emitido en el expediente RA-016-2010 y **(ii)** se admitió a trámite el recurso interpuesto por Telcel en virtud que tiene interés jurídico en el procedimiento, así como las pruebas ofrecidas como supervenientes. Dicho acuerdo fue publicado en listas el veintiuno de diciembre de dos mil doce.

Décimo Séptimo. El siete de enero de dos mil trece se notificaron a la Cofetel y la SCT los oficios DGJ-10-096-2012-076 y DGJ-10-096-2012-075 respectivamente, en virtud de los cuales la Comisión notificó la interposición del recurso de reconsideración.

Décimo Octavo. El dieciocho de enero de dos mil trece el Comisionado Miguel Flores Bernés presentó ante la oficialía de partes de la CFC un escrito relativo a un posible impedimento para que el Pleno revisara y determinara la procedencia de excusa para conocer del Expediente del Recurso.

Al día siguiente, el Director General de Asunto Jurídicos en el que tuvo por presentado el escrito del Comisionado y determino dar vista del mismo al Pleno para que resolviera lo conducente. Dicho acuerdo fue publicado en listas ese mismo día.

Décimo Noveno. En sesión extraordinaria de veinte de febrero de dos mil trece el Pleno de la Comisión resolvió por unanimidad de votos, con voto concurrente del Comisionado Rodrigo Morales Elcoro, y ante la ausencia del Comisionado Miguel Flores Bernés, que el documento presentado como solicitud para revisar y determinar la procedencia de excusa planteada por este último en el Expediente del Recurso es notoriamente improcedente, toda vez que no constituye una solicitud de excusa.

Vigésimo. Seguido el procedimiento tramitado en el Expediente del Recurso, en sesión ordinaria celebrada el veintiocho de febrero de dos mil trece, el Pleno de la Comisión emitió por unanimidad de votos la Resolución 2013, por medio de la cual resolvió:

*“**Primero.**- Los agravios de Telcel resultaron infundados, inoperantes o fundados pero insuficientes, y las pruebas aportadas no desvirtuaron lo resuelto por la COMISIÓN, motivo por el cual, se confirma en sus términos la Resolución de veintiuno de enero de dos mil diez, emitida en el expediente DC-008-2007, en la cual se determinó declarar a TELCEL como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.*

***Segundo.**- Gírese atento oficio, con copia certificada de la presente Resolución, a la SCT y a la COFETEL, para efectos del artículo 39, párrafo cuarto, de la LFCE.*

***Tercero.**- Notifíquese personalmente. (...)*”

Vigésimo Primero. Inconforme con dicha determinación, el ocho de abril de dos mil trece, Telcel promovió juicio de amparo en contra de la Resolución 2013, el cual fue radicado bajo el número de expediente 395/2013-I del índice del Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México.

Vigésimo Segundo. El once de junio de dos mil trece, fue publicado en el DOF el Decreto Constitucional por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM en materia de telecomunicaciones, y mediante el cual se creó el Instituto como un “(...) órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes (...)”. Asimismo, se estableció que el Instituto “(...) será también autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo (28) y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica (...)”.

Los artículos Sexto y Séptimo Transitorios del Decreto Constitucional establecieron la integración de la CFCE y el IFT a partir de que sus Comisionados hubieren sido ratificados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión.

Vigésimo Tercero. El diez de septiembre del dos mil trece, la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión integró al Pleno del IFT y al de la CFCE, nombrando en cada caso a los Comisionados y designando al Comisionado Presidente de cada órgano.

Vigésimo Cuarto. El ocho de septiembre de dos mil catorce, el Juez Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, remitió las constancias del juicio de amparo número 395/2013-I a la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

Por cuestión de turno correspondió conocer del asunto al Juzgado, quien por acuerdo del veintiséis de septiembre de dos mil catorce, tuvo por recibido el juicio de amparo número 395/2013-I y lo registró bajo el número de expediente 212/2014 de su índice.

Vigésimo Quinto. Sustanciado dicho juicio de amparo, el veintiuno de septiembre de dos mil quince, el Juzgado emitió la Sentencia, mediante la cual se resolvió: “(...) *La Justicia de la Unión AMPARA Y PROTEGE a (Telcel), por los motivos y para los efectos precisados en el último considerando de la presente resolución*”.

Vigésimo Sexto. Inconforme con la Sentencia, los días siete y ocho de octubre de dos mil quince, tanto Telcel como el Presidente y el Pleno de este Instituto –en su carácter de autoridades sustitutas de las autoridades responsables de la extinta Cofeco-, interpusieron recursos de revisión, los cuales fueron registrados con el número de toca de amparo en revisión R.A. 153/2015 del índice del Tribunal Especializado.

Vigésimo Séptimo. El veintiséis de abril de dos mil dieciocho, el Tribunal Especializado emitió la Ejecutoria mediante la cual resolvió:

“PRIMERO. Se modifica la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a la quejosa (Telcel), respecto de la impugnación que hizo de los artículos 11, 12, 13 y 60 del RLFCE.

TERCERO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a la quejosa (Telcel), respecto de la impugnación que hizo en su ampliación de demanda de los actos consistentes en la omisión de dejar sin efectos la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, así como de ordenar el cierre de los expedientes DC-008-2007 y RA-016-2010.

CUARTO. La Justicia de la Unión ampara y protege a la quejosa (Telcel), en contra de la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional, para lo efectos precisados en este fallo. (...) (Énfasis añadido)¹⁰

Vigésimo Octavo. El acuerdo de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, emitido por el Juzgado en el expediente del juicio de amparo número 212/2014, mediante el cual se requiere a esta autoridad el cumplimiento de la Ejecutoria en los siguientes términos:

“(...) I. Deje insubsistente la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó

¹⁰ Los efectos referidos en la Ejecutoria, serán desarrollados en el Considerando Segundo de la presente resolución.

que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

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

(Énfasis añadido)

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

Trigésimo. El seis de junio de dos mil dieciocho, mediante acuerdo P/IFT/060618/423, emitido por el Pleno de este Instituto al celebrar su XX Sesión Ordinaria, dentro del Expediente del Recurso y en cumplimiento parcial a la ejecutoria acordó:

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

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

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

***Cuarto.-** Notifíquese. (...)"*

Trigésimo Primero.- En cumplimiento a lo ordenado en el punto Tercero del acuerdo a que se hace referencia en el antecedente anterior, el veintiocho de junio del presente año, el Director General de Defensa Jurídica de este Instituto presentó ante la oficialía de partes del Juzgado un escrito mediante el cual: i) exhibió el acuerdo P/IFT/060618/423 de fecha seis de junio de dos mil dieciocho, emitido por el Pleno de este Instituto en su XX Sesión Ordinaria; y ii) solicitó una prórroga para dar cumplimiento total a la Ejecutoria, toda vez que dada la naturaleza y complejidad técnica del asunto que debía resolverse, era necesario realizar un mayor estudio al proyecto sometido a consideración del Pleno del Instituto.

Mediante oficio 11119, presentado en la oficialía de partes de este Instituto el cinco de julio del presente año, se notificó el acuerdo de dos de julio de dos mil ocho, emitido por el Juzgado mediante el cual acordó de conformidad la solicitud realizada por este Instituto, y concediendo al efecto una de prórroga de diez días hábiles para dar cumplimiento a la Ejecutoria.

Toda vez que el Instituto continuaba con las actuaciones tendientes a dar cabal y total cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria, el diecinueve de julio de dos mil dieciocho el Director General de Defensa Jurídica de este Instituto solicitó nuevamente al Juzgado una prórroga, sustentando dicha petición en el hecho de que el Instituto suspendería sus labores, en términos del *"ACUERDO mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba su calendario anual de sesiones ordinarias y el calendario anual de labores para el año 2018 y principio de 2019"*, publicado en el DOF el veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

En respuesta a la solicitud realizada por el Director General de Defensa Jurídica, mediante oficio 11929, presentado en la oficialía de partes de este Instituto el treinta y uno de julio del presente año, se notificó el acuerdo de diecinueve de julio de dos mil dieciocho, emitido por el Juzgado mediante el cual requirió al Pleno del Instituto para que en el término de tres días diera cumplimiento a la Ejecutoria, toda vez que no se exhibió documental que acreditara vías de cumplimiento.

Dentro del plazo de tres días concedido para cumplir con la Ejecutoria, el dos de agosto del presente año el Director General de Defensa Jurídica presentó un escrito ante el Juzgado, mediante el cual: i) exhibió copia certificada del oficio IFT/221/UAG/DG-DEJU/2711/2018, de treinta y uno de julio del presente año, por medio del cual informó a la UCE el requerimiento de cumplimiento realizado por el Juzgado; lo anterior a fin de acreditar que el Instituto continuaba realizando las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a la Ejecutoria; y ii) Solicitó se concediera una prórroga de diez días para dar cumplimiento a la Ejecutoria.

En respuesta a la solicitud referida en el párrafo precedente, mediante oficio 12607 presentado en la oficialía de partes de este Instituto el seis de agosto del presente año, el Juzgado notificó el acuerdo de tres de agosto del año en curso, por medio del cual informó que, en atención a las manifestaciones de la autoridad oficiante, se concedía una prórroga de diez días para dar cumplimiento la Ejecutoria.

III. CONSIDERANDOS

Primero. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto de la CPEUM vigente; el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; artículo 5, primer párrafo de la Ley Federal de Competencia Económica vigente, y 1 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, en los términos que fijan la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y demás disposiciones aplicables. 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 establece para la CFCE. En términos de lo anterior, y con la finalidad de dar cumplimiento a la Ejecutoria, este Instituto es la autoridad competente y sustituta de la CFC.

De acuerdo con lo anterior, el Instituto es competente para conocer, tramitar y resolver el Expediente del Recurso, en virtud de que el mismo resuelve sobre la existencia de poder sustancial en el mercado de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

Por otro lado, el artículo Séptimo Transitorio, segundo párrafo, del Decreto Constitucional, establece que los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración del IFT continuarán su trámite en términos de la legislación aplicable al momento de su inicio. Asimismo, el artículo Sexto Transitorio de la Ley Federal de Competencia Económica vigente establece que los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del decreto de reforma, serán concluidos conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio.

El presente asunto inició por solicitud presentada ante la oficialía de partes de la CFC el veintitrés de noviembre de dos mil siete, acordada mediante proveído de cuatro de abril de dos mil ocho emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC. 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 bis de la LFCE, fundamento con base en el cual se emitió el DP, la Resolución Definitiva y la Resolución 2013.

Por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo fracción I, de la CPEUM; Séptimo Transitorio, segundo párrafo, del Decreto Constitucional; 1º, 2º, 3º, 23, 24, fracciones IV, V y XIX, 33 bis y 39 de la LFCE, 1º y 71 del RLFCE; así como 1, 4, fracción I, 6, fracción XXXVIII, 7, 8 y 12, del Estatuto Orgánico, el Pleno del Instituto es competente para resolver el asunto tratado en el Expediente del Recurso, en cumplimiento a lo resuelto en el inciso b), parágrafo 149 de la Ejecutoria.

Segundo. Cumplimiento a la Ejecutoria

La presente resolución se emite en estricto cumplimiento a lo ordenado en el inciso b), párrafo 149 de la Ejecutoria, mediante la cual el Tribunal Especializado resolvió conceder el amparo y protección de la justicia de la Unión a Telcel, según lo precisado en el antecedente Vigésimo Séptimo de la presente resolución.

Lo anterior, toda vez que el Pleno del Instituto ya ha dado cumplimiento al inciso a), párrafo 149 de la Ejecutoria, al dejar insubsistente la Resolución 2013 mediante acuerdo P/IFT/060618/423 de fecha seis de junio de dos mil dieciocho, en los siguientes términos:

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

II.1. Consideraciones y Conclusiones de la Ejecutoria

Ahora bien, con la finalidad de dar cabal cumplimiento a la Ejecutoria, a continuación se señalan y analizan las consideraciones y conclusiones en ella precisadas por el Tribunal Especializado.

Consideraciones

Medularmente el Tribunal Especializado retomó el criterio adoptado dentro del amparo en revisión con número de toca R.A. 82/2016 de su índice, consistente en que una vez revisadas las características específicas y etapas que conforman el procedimiento para determinar la existencia de poder sustancial de un agente económico en un mercado relevante (artículos 33 bis de la LFCE, 54 y 55 del RLFCE), **no se advierte que la ley haya previsto en el procedimiento, la preclusión del derecho para ofrecer pruebas ni formular alegatos. Sin embargo, reconoce que los agentes económicos pueden realizar las manifestaciones que consideren oportunas al momento de interponer el recurso de reconsideración, pues en él opera el principio de *litis abierta*, de ahí que al momento de emitir la Ejecutoria, el Tribunal Especializado haya considerado **sustancialmente fundados los planteamientos de Telcel**, precisando lo siguiente:**

" (...)"

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

(...)

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

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

134. Ello, con base en dos razones:

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

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

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

136. Sobre ese tema destacan las siguientes consideraciones emitidas por este tribunal:

"...

Asiste la razón al juez de distrito, en atención a que el hecho de que en el procedimiento de declaración de poder sustancial en un mercado relevante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 bis de la LFCE, se otorgue al agente económico que tenga interés en el asunto el plazo de veinte días para manifestar lo que a su derecho convenga respecto del dictamen preliminar y ofrecer los elementos de convicción que estime pertinentes, sólo implica la posibilidad de que ejerza su derecho de defensa dentro de ese procedimiento, pero no la preclusión de su derecho a esgrimir los argumentos que estime pertinentes al momento de interponer el recurso de reconsideración en contra de la resolución definitiva, aun cuando reitere los expuestos al realizarse manifestaciones en contra del dictamen preliminar, abunde sobre ellos, trate de mejorarlos o exponga otros novedosos, pues, como lo señala el juez de distrito, la disposición invocada no prevé tal preclusión, además de que, conforme al artículo 39 de la propia ley, la materia del recurso es la resolución definitiva, que es la que podía causarle agravio, y no el dictamen preliminar, de modo que es incorrecto que las defensas deban definirse anteriormente, máxime que la posibilidad de realizar tales manifestaciones no se traduce en un emplazamiento, por lo que se deben permitir al recurrente dichos planteamientos.

Atento a lo anteriormente expresado, es *infundado* lo que alega la autoridad recurrente en cuanto a que nos encontramos ante un sistema de litis cerrada, en el que no es factible introducir al recurso argumentos novedosos, y que el momento procesal oportuno para hacer valer argumentos en contra de actos dictados durante la etapa de investigación y el dictamen preliminar es cuando se realizan manifestaciones en contra de este.

(...)

Atento al contenido de las disposiciones transcritas el recurso de reconsideración se prevé en contra de las resoluciones que pongan fin a un procedimiento, de lo que se concluye, por un lado, que se refieren a la resolución final dictada en cualquiera de los procedimientos previstos en la propia ley, y no únicamente a la dictada en el procedimiento para declarar la preponderancia de un agente económico en determinado mercado y, por el otro, que la naturaleza del recurso de reconsideración consiste en que la propia autoridad que dicte la determinación que ponga fin a uno de esos procedimientos es la que tiene que "reconsiderar" esta determinación, sin que se advierta se limite a resolver con base sólo en argumentos que se hubiesen hecho valer durante alguna de las etapas del procedimiento, de manera que no se puede decir que en el recurso se contempla un sistema de litis cerrada, contrariamente a lo que aduce la autoridad recurrente."

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

Bajo estos razonamientos, el Tribunal Especializado advirtió que le asistía la razón a Telcel, toda vez que la CFC en la Resolución 2013, valoró como **inoperantes por novedosos** los argumentos identificados con los numerales: “III.10.3 La resolución definitiva es ilegal porque viola los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC”; “III.12.6 Diferenciales On-net/Off-net”, y “III.12.7 Barreras a la entrada”, por lo que señaló lo siguiente:

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

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

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

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

...”

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

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

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

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

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

"...

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

...

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

(...)

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

(...)

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

Asimismo, el Tribunal Especializado advirtió que la Comisión obvió el estudio del tercer agravio formulado por Telcel en su Escrito del Recurso, relativo a la variación del mercado materia del Expediente, lo cual es incorrecto, precisando:

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

“339. Para efectos del establecimiento de la regulación específica que, en su caso, corresponda al agente con poder sustancial de mercado, se debería considerar la eficiencia relativa de imponer regulación al servicio final en comparación con la regulación aplicable a los insumos y elementos que pudieran ser la causa del poder sustancial en el servicio final. Lo anterior implica que la variable a regular no sería necesariamente el precio del servicio final, sino aquellas variables asociadas a insumos críticos y a mejorar el acceso al mercado.”

(...)

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

Conclusiones

Por las consideraciones anteriores, y como se ha mencionado en repetidas ocasiones, el Tribunal Especializado resolvió que los conceptos de violación hechos valer por Telcel eran fundados y por lo tanto concedió el amparo solicitado, ordenando dejar insubsistente la Resolución 2013 y, con plenitud de jurisdicción, emitir otra en la que se

analicen los argumentos previamente señalados; al respecto en la Ejecutoria se señaló lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

Por lo tanto, esta autoridad para dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Ejecutoria, en la presente resolución se abocará a la valoración y estudio de fondo de los argumentos señalados en ella, mismos que fueron identificados en la Resolución 2013 como “III.10.3 La resolución definitiva es ilegal porque viola los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC”; “III.12.6 Diferenciales On-net/Off-net”, y “III.12.7 Barreras a la entrada” y del tercer concepto de agravio; en el entendido de que subsistirán el resto de los argumentos y conceptos de agravio de la Resolución 2013 que no fueron objeto del amparo; es decir, todo aquello que no haya sido materia del amparo, será reiterado.

Toda vez que la Ejecutoria hace referencia a numerales específicos de la Resolución 2013, en esta resolución se hará referencia explícita a esa numeración para facilitar la verificación del cumplimiento.

Por último, derivado del Decreto Constitucional, y tal como se reconoce en el párrafo 152 de la Ejecutoria, al ser este IFT la autoridad sustituta de la CFC y ser la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, con la finalidad de guardar debida congruencia con las competencias actuales de este órgano constitucional, en algunos casos y en lo estrictamente necesario se harán las adecuaciones en el análisis de los agravios del Escrito del Recurso realizados en la Resolución 2013 que no fueron objeto de la concesión de amparo.

II.2. Consideraciones previas de la presente resolución

En el Escrito del Recurso, Telcel expuso dieciséis agravios, los cuales contienen diversos argumentos que no se transcriben textualmente, sin que ello implique que no se estudien en su totalidad.

Sirven de apoyo a lo anterior los criterios emitidos por el PJJ, en el sentido de que las autoridades, al realizar el estudio de los agravios deben examinar todos y cada uno de los puntos controvertidos del acto en cuestión, sin que se exprese de manera predeterminada la forma o estructura que tal análisis deba reunir. Dichos criterios son los siguientes:

*"AGRAVIOS. EXAMEN DE LOS. Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos pueda acusarse 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 el propio orden de su exposición o en orden diverso, etc.; lo que importa es el dato substancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija."*¹¹

*"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."*¹²

¹¹ Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Julio de 1991; Pág. 122, Registro: 222,213.

¹² Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, Abril de 1998; Pág. 599. VI.2o. J/129, Registro: 196,477.

*"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."*¹³

*"AGRAVIOS, FALTA DE TRANSCRIPCIÓN DE LOS, EN LA SENTENCIA. NO CAUSA PERJUICIO SI SE CONTESTAN. El hecho de que en la resolución reclamada no se hayan transcrito los agravios que fueron materia de la misma, no le para ningún perjuicio al amparista ni lo deja en estado de indefensión, ya que en todo caso esa omisión no es trascendente en el sentido de fallo ni representó impedimento para que combatiera las consideraciones que sirvieron de sustento a la responsable para dictar su fallo."*¹⁴ (Énfasis añadido)

De esta manera, con que se cumpla el requisito de examinar todos los agravios del Recurrente, el análisis puede realizarse examinando todos y cada uno de los puntos controvertidos del acto en cuestión o en conjunto, según convenga mejor para la resolución del presente recurso.

Asimismo, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, respecto de los criterios del PJJ, a continuación, se citan las tesis aplicables a cada uno de los agravios inoperantes, ya sean estos por reiterativos, porque abundan en sus manifestaciones, plantean manifestaciones genéricas, por novedosos, porque no atacan la totalidad de los argumentos de la resolución recurrida o porque no justifican la transgresión. En este aspecto, debe precisarse lo siguiente:

i) **Agravios gratuitos, abstractos o generales, y negación lisa y llana.** En varios de sus agravios, el Recurrente realiza una serie de manifestaciones genéricas y gratuitas, tales como: **(i)** niega de forma lisa y llana los hechos acreditados durante la etapa de investigación; **(ii)** objeta o refuta las pruebas que obran en el Expediente; **(iii)** niega la aplicabilidad de los fundamentos jurídicos invocados por la Cofeco en la Resolución Definitiva; **(iv)** ataca de incorrectos los argumentos y razonamientos jurídicos que motivaron la Resolución Definitiva, y **(v)** controvierte los razonamientos y resultados del análisis económico de la Comisión, sin que en realidad se establezcan argumentos lógico-jurídicos o se especifiquen las situaciones que sustentan esos supuestos agravios. En este sentido, cuando lo señalado por el Recurrente tenga esas características se entenderá que resulta aplicable, por analogía el siguiente criterio judicial:

¹³ Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XII, Noviembre de 1993; Pág. 288, Registro: 214,290.

¹⁴ Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989; Pág. 61, Registro: 226,632.

“ 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 LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el 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 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 el por qué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman 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.”¹⁵

Por ello, deberá entenderse que dicha tesis se inserta a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos resultan gratuitos o cuando se haga el señalamiento de que constituyen afirmaciones generales o abstractas, así como cuando se indique que únicamente es la negación lisa y llana de los fundamentos y motivaciones que sustentan la Resolución Definitiva.

ii) Agravios que no combaten los fundamentos de la Resolución Definitiva. Diversos agravios del Recurrente consisten en manifestaciones que en realidad no combaten los fundamentos y razonamientos jurídicos que sustentan el sentido de la Resolución Definitiva. Por tal motivo, cuando lo señalado por el Recurrente tenga esas características se entenderá que resultan aplicables, por analogía los siguientes criterios judiciales:

“ CONCEPTOS DE VIOLACION. SON INOPERANTES SI NO ATACAN LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO RECLAMADO. Si los conceptos de violación no atacan los fundamentos del fallo impugnado, la Suprema Corte de Justicia no está en condiciones de poder estudiar la inconstitucionalidad de dicho fallo, pues hacerlo equivaldría a suplir las deficiencias de la queja en un caso no permitido legal ni constitucionalmente, si no se está en los que autoriza la fracción II del artículo 107 reformado, de la Constitución Federal, y los dos últimos párrafos del 76, también reformado, de la Ley de Amparo, cuando el acto reclamado no se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte, ni tampoco se trate de una queja en materia penal o en materia obrera en que se encontrare que hubiere habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo hubiera dejado sin defensa, ni menos se trate de un caso en materia penal en que se hubiera juzgado al quejoso por una ley inexactamente aplicable.”¹⁶

¹⁵ Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; Pág. 61. 1a./J. 81/2002, Registro 185,425.

¹⁶ Localización: (J); 6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen CXXVI, Cuarta Parte; Pág. 27, Registro: 269,435.

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA. No se puede considerar como concepto de violación y, por ende, resulta inoperante la simple aseveración del quejoso en la que afirma que no le fueron estudiados los agravios que hizo valer ante el tribunal de apelación, o que éste no hizo un análisis adecuado de los mismos, si no expresa razonamientos lógicos y jurídicos tendientes a demostrar que haya combatido debidamente las consideraciones de la sentencia recurrida y que no obstante esa situación, la responsable pasó por inadvertidos sus argumentos, toda vez que se debe señalar con precisión cuáles no fueron examinados, porque siendo el amparo en materia civil de estricto derecho, no se puede hacer un estudio general del acto reclamado”;¹⁷

“CONCEPTOS DE VIOLACION INOPERANTES, POR NO COMBATIR LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECLAMADA. Si los argumentos expuestos por el solicitante de garantías, no contienen ningún razonamiento jurídico concreto tendiente a combatir los fundamentos primordiales en que se apoyó la responsable para emitir la sentencia reclamada que sirva para poner de manifiesto ante la potestad federal que dichos fundamentos del fallo de que se duele sean contrarios a la ley o a la interpretación jurídica de la misma, bien porque siendo aplicable determinado precepto no se aplicó, bien porque se aplicó sin ser aplicable, bien porque no se hizo una correcta interpretación jurídica de la ley, o bien porque la sentencia no se apoyó en principios generales de derecho si no hubiese ley que normara el negocio; procede determinar que los conceptos de violación expuestos en tales circunstancias, son inoperantes.”¹⁸

Por ello, deberá entenderse que dichos criterios se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos no combaten los fundamentos en que se sustenta la Resolución Definitiva.

iii) **Agravios que reiteran o únicamente abundan.** En diversos agravios, Telcel realiza señalamientos que ya había expresado en sus manifestaciones al Dictamen, o que únicamente abundan en los mismos o los complementan sin realmente combatir los fundamentos, razonamientos y consideraciones expuestas por la Comisión en la Resolución Definitiva. En este sentido, cuando lo señalado por el Recurrente tenga esas características se entenderá que resulta aplicable, por analogía, el siguiente criterio judicial, mismo que literalmente expresa:

“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE REITERAN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, ABUNDAN SOBRE ELLOS O LOS COMPLEMENTAN, SIN

¹⁷ Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Septiembre de 2001; Pág. 1147. I.6o.C. J/29, Registro: 188,864.

¹⁸ Localización (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989; Pág. 160, Registro: 820, 565.

COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA. Conforme al artículo 88 de la Ley de Amparo, el recurrente debe expresar los agravios que le causa la sentencia impugnada, lo que se traduce en que tenga la carga, en los casos en que no deba suplirse la queja deficiente en términos del artículo 76 Bis de la ley de la materia, de controvertir los razonamientos jurídicos sustentados por el órgano jurisdiccional que conoció del amparo en primera instancia. Consecuentemente, son ***inoperantes*** los agravios que en el recurso de revisión ***reiteran*** los conceptos de violación formulados en la demanda, ***abundan*** sobre ellos o los complementan, ***sin combatir las consideraciones de la sentencia recurrida.***¹⁹ (Énfasis añadido)

Por ello, deberá entenderse que dicha tesis se inserta a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos son ***reiterativos***, que sólo ***reiteran*** lo expresado en sus manifestaciones al Dictamen, o que los agravios únicamente ***abundan*** o ***complementan*** esas manifestaciones, pero sin combatir las consideraciones de la Resolución Definitiva.

iv) **Agravios basados en premisas incorrectas.** En algunos de sus agravios el Recurrente realiza señalamientos que se basan en premisas erróneas. Cuando lo señalado por el Recurrente tenga esas características se entenderá que resulta aplicable, por analogía el siguiente criterio judicial:

“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON AQUELLOS QUE SE 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.”²⁰

¹⁹ Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Pág. 77. 2a./J. 109/2009, Registro: 166,748.

²⁰ Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1769. IV.3o.A.66 A., Registro: 176,047.

Así, deberá entenderse que dicha tesis se inserta a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos se basan en premisas erróneas.

v) **Agravios que no combaten la totalidad de las razones de la Resolución Definitiva.**

Varios de los agravios del Recurrente consisten en manifestaciones que sólo combaten de forma parcial las razones y argumentos sostenidos en la Resolución Definitiva. En este sentido, cuando lo señalado por el Recurrente tenga esas características se entenderá que resultan aplicables, por analogía, los siguientes criterios judiciales:

***“REVISIÓN CONTRA RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AGRAVIOS INOPERANTES.** Si la Sala Fiscal, en cumplimiento con lo ordenado por el segundo párrafo del artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, examina todos y cada uno de los conceptos de nulidad que se hacen valer por omisión de formalidades o violaciones de procedimiento, estimando fundados unos e infundados otros, y las autoridades recurrentes no combaten la totalidad de los razonamientos conforme a los cuales se consideran fundados diversos conceptos de nulidad, ello implica que los agravios sean inoperantes, por insuficientes, ya que con independencia de lo correcto o incorrecto de los mismos, lo cierto es que al no desvirtuar sendas consideraciones como cada una por separado, es suficiente para apoyar la legalidad de la sentencia impugnada, ésta queda firme pues no se demuestra la ilegalidad de los motivos y fundamentos que la sostienen, y de ahí que devengan inoperantes los agravios que en su contra se hagan valer.”²¹*

***“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON CUANDO LA SENTENCIA DE LA SALA SE SUSTENTA EN DIVERSOS MOTIVOS SI NO SE CONTROVIERTEN EN SU TOTALIDAD POR LA RECURRENTE.** Cuando la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se sustenta en dos o más razones, que por sí mismas pueden soportar, en forma independiente, el sentido de la resolución, y en los agravios la autoridad recurrente no combate todas y cada una de ellas, los agravios planteados resultan inoperantes porque aun cuando fuesen fundados no podrían conducir a declarar fundado el recurso, en virtud de que la consideración o consideraciones no atacadas, deberán seguir rigiendo el sentido de la resolución.”²²*

***“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO.** 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, 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*

²¹ Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Agosto de 2001; Pág. 1110. V.2o. J/54, Registro: 188,962.

²² Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Enero de 2003; Pág. 1714. I.6o.A.40 A, Registro: 185,279.

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.”²³

Así, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos son insuficientes o que no combaten la totalidad de las razones que sustentan la Resolución Definitiva.

vi) Agravios que se basan en interpretaciones parciales o aisladas de la Resolución Definitiva. Varios de los agravios del Recurrente se basan en interpretaciones parciales o aisladas de la Resolución Definitiva. A este respecto, existen diversos criterios del PJJ según los cuales, las sentencias o resoluciones deben ser entendidos como un todo integral, ya que todas las secciones que la conforman tienden a expresar la decisión que en ellos se plasma. Dichos criterios son los siguientes:

“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 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.”²⁴ (énfasis añadido)

“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 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.”²⁵ (énfasis añadido)

Así, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exprese que se realizan lecturas, citas o interpretaciones de forma parcial o aislada respecto de la Resolución Definitiva.

²³ Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IX, Mayo de 1999; Pág. 1001. II.A.62 A, Registro: 194,031.

²⁴ Localización: (TA); 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo LXX; Pág. 3764, Registro: 353,345.

²⁵ Localización: (TA); 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen 199-204, Cuarta Parte; Pág. 44, Registro: 240,090.

Todos los supuestos anteriores constituyen agravios que deben calificarse de **inoperantes** debido a que se actualiza algún impedimento técnico que imposibilita el examen del planteamiento efectuado, lo cual deriva de situaciones como la falta de afectación a quien realiza el agravio, la omisión de la expresión precisa de los mismos o su formulación material incorrecta o el incumplimiento de las condiciones atinentes a su contenido, lo cual puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la Resolución Definitiva; y, b) en caso de reclamar infracción a las normas del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al Recurrente o su relevancia en el dictado de la Resolución Definitiva; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza del procedimiento y del órgano que resuelve.

Por tanto, respecto de dichos agravios, adicionalmente deberá entenderse aplicable el siguiente criterio judicial, el cual expresamente indica:

"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."²⁶

²⁶ Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 424. 2a./J. 188/2009, Registro: 166,031.

Expuesto lo anterior, en el Considerando Tercero de la presente resolución se estudian los argumentos manifestados por Telcel en su defensa, por lo que esta autoridad en estricto cumplimiento al inciso b), parágrafo 149 de la Ejecutoria, analizará únicamente aquellos numerales materia de la misma, esto es " *III.3 Tercer concepto de agravio: variación de la Litis*"; " *III.10.3 La resolución definitiva es ilegal porque viola los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC*"; " *III.12.6 Diferenciales On-net/Off-net*", y " *III.12.7 Barreras a la entrada*", identificándose en cada caso, que se trata de uno de los numerales considerados en la Ejecutoria.

Por lo que hace al resto de los agravios planteados por Telcel que no fueron objeto de la concesión del amparo subsistirán; es decir, todo aquello que no haya sido materia del amparo, será reiterado en los términos de la Resolución 2013.

Asimismo, en el Considerando Tercero de la presente resolución, se utilizará la siguiente nomenclatura para identificar y evaluar los agravios expuestos por Telcel, el " *III*" corresponde al Considerando Tercero, mientras que el " *..1-..16*" corresponden al número del agravio del Escrito del Recurso.

Tercero. Análisis de los agravios

El Recurrente planteó los siguientes agravios:

III..1. Primer concepto de agravio: Violaciones procesales²⁷

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

El Recurrente señala que las actuaciones en el Expediente, incluyendo el Dictamen y la Resolución Definitiva, así como sus notificaciones y publicaciones en el DOF son violatorias de la Ley y de sus derechos, pues derivan de un procedimiento ilegal.

De manera específica, Telcel impugna las siguientes actuaciones:

III..1.1 Respecto a las actuaciones relacionadas con el desechamiento y posterior admisión de la denuncia.

El Recurrente señala que las actuaciones referidas derivan en un procedimiento ilegal y que fue privado de sus garantías individuales y derechos procesales elementales por no habersele concedido audiencia previa ni habersele practicado notificación alguna por la cual pudiese haber conocido el contenido de la denuncia (sic) presentada por el Solicitante, el desechamiento correspondiente de treinta de noviembre de dos mil siete, el recurso de reconsideración interpuesto posteriormente por dicha persona registrado bajo el número de expediente RA-037-2007 y la respectiva resolución de fecha doce de marzo de dos mil ocho, por medio de la cual el Pleno de la Comisión estimó que había elementos para considerar que

²⁷ Páginas 5 a 79 del Escrito del Recurso.

el Solicitante sí había motivado su petición y, por ende, se ordenó la admisión de la solicitud presentada y el auto de inicio del procedimiento en el Expediente que se dictó el día cuatro de abril de dos mil ocho.

Además, señala que la resolución emitida en el recurso de reconsideración RA-037-2007 y por la cual se ordenó admitir a trámite la solicitud referida, carece de la debida fundamentación y motivación en virtud de que no se justifica ni se sustenta en precepto alguno la necesidad de haber revocado el acuerdo de desechamiento de treinta de noviembre de dos mil siete ni se desestiman suficiente o legalmente las razones ahí apuntadas.

Asimismo, que la resolución del doce de marzo de dos mil ocho que resolvió el recurso de reconsideración RA-037-2008 (sic), como el auto de cuatro de abril de dos mil ocho, por el que se admitió a trámite la solicitud y se ordenó el inicio de la investigación son contrarios a la LFCE, el RLFC y su RICFC, en virtud de que las resoluciones referidas determinan admitir a trámite una solicitud, en su opinión, notoriamente improcedente.

Por último, el Recurrente señala que, en el supuesto de dar trámite a la solicitud defectuosa, la Comisión debía haber efectuado una prevención al Solicitante, toda vez que no se habían superado los defectos que indica el auto de treinta de noviembre de dos mil siete, lo cual constituyó una violación a la fracción II, del artículo 33 bis de la LFCE.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones²⁸ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos en la Resolución Definitiva. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.1. Actuaciones relacionadas con el desechamiento y posterior admisión de la denuncia"²⁹ y en el que se señaló en resumen lo siguiente:

- Las cuestiones señaladas por Telcel son erróneas y a efecto de demostrarlo, en la Resolución Definitiva se hizo una relación de los antecedentes que dieron lugar al trámite del Expediente.
- No es posible acreditar que las garantías individuales y demás derechos procesales de Telcel fueron violentadas, por no habersele concedido audiencia previa ni practicado notificación alguna por la que se le hiciera de su conocimiento el procedimiento relativo al desechamiento de la solicitud, ni posteriormente la resolución al recurso de reconsideración interpuesto por dicho solicitante, toda vez que no se puede considerar que Telcel detentara derechos procesales ni mucho menos sustantivos respecto del desechamiento, porque ni

²⁸ Páginas 26 a 29 del Escrito de Manifestaciones.

²⁹ Páginas 27 a 32 de la Resolución Definitiva.

siquiera se había dado inicio a un procedimiento. Además, con fundamento en el artículo 39 de la LFCE y 71 y 72 del RLFCE, no está prevista su participación en el recurso de reconsideración.

- Si bien es cierto que en el Solicitante manifestó que presentaba su escrito de solicitud de inicio del procedimiento *“con el propósito de que emita resolución sobre el poder sustancial de Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V. (Telcel)... en el mercado de provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final”*, dicha solicitud fue desechada, motivo por el cual ningún perjuicio le reparó a Telcel el desechamiento referido, en virtud que no fue vulnerado derecho alguno del Recurrente.
- Tampoco se vulneró algún derecho o garantía de Telcel en el procedimiento por el cual se resolvió el recurso de reconsideración RA-037-2007, en virtud de que dicha resolución únicamente determinó iniciar el procedimiento, sin que ello haya significado iniciar un procedimiento en contra de Telcel, toda vez que el objeto del procedimiento a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE iniciado a instancia del Solicitante fue para *“(...) determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios locales móviles de voz, en términos de lo establecido en los artículos 33 bis de la LFCE y 63 de la LFT (...)”* y no puede ser considerado como una denuncia de un operador a otro. Además, en el acuerdo de inicio del Expediente se estableció: *“(... no debe entenderse como un prejuzgamiento sobre la existencia de poder sustancial por parte de agente económico alguno, toda vez que se trata de una actuación de la autoridad tendiente a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE, concluido el cual se emitirá la resolución que en derecho proceda ...).”*

En consecuencia, no existe derecho que Telcel haya debido defender, ni hacer frente a pretensiones de promovente alguno antes de que se le juzgue, pues en todo caso, tuvo a su alcance la posibilidad de realizar manifestaciones al Dictamen.

Además, durante el Expediente se requirió diversa información y documentación a Telcel en los mismos términos que a cualquier otro agente económico relacionado con dicho procedimiento mediante oficios debidamente fundados y motivados, los cuales Telcel se negó a responder en los términos solicitados, por lo que es **infundada** su aseveración al respecto.

- Tampoco es correcto el argumento de Telcel en el sentido que *“no se justifica ni sustenta en preceptos de ley”* la resolución emitida en el recurso de reconsideración RA-037-2007 y por lo tanto el Expediente resulta indebido, ni que se debió haber prevenido al Solicitante del procedimiento para subsanar los defectos que indicó el acuerdo de desechamiento de treinta de noviembre de dos mil siete, toda vez que, independientemente de que Telcel no establece cuál es el perjuicio o agravio que le causa, tampoco puede concluirse que dicho agente económico podía ser considerado como parte en dichos procedimientos.

Lo anterior es así toda vez que, con fundamento en el artículo 71, segundo párrafo, del RLFCE, para considerar que un agente económico tiene interés jurídico en un recurso de reconsideración debe cumplir con dos supuestos: **1)** que haya participado directamente en el procedimiento ante la CFC; y **2)** que se vea afectado por la resolución de la misma. Telcel no participó en los procedimientos relativos al desechamiento de la solicitud del Solicitante ni en el recurso de reconsideración interpuesto; en consecuencia, no se ve afectado ni por el desechamiento ni por el inicio del procedimiento, debido a que no puede considerarse a Telcel parte de un procedimiento que no había iniciado.

- En conclusión, la CFC no debía haberle participado de forma alguna los procedimientos señalados, ni mucho menos se considera que pueda realizar agravio alguno dentro de los mismos.

Como puede apreciarse del resumen anterior, la Resolución Definitiva ya había dado respuesta a esos cuestionamientos, sin que el Recurrente haya combatido las determinaciones que sirvieron para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, no obstante que se encuentre obligado a ello, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución recurrida.

III.1.2 Respecto a la incompetencia del Director General de Procesos de Privatización y Licitaciones de la CFC para actuar y tramitar la investigación.

Telcel señala que las actuaciones en la etapa de investigación son ilegales, en tanto que el entonces Director General de Procesos de Privatización y Licitaciones de la CFC era incompetente para conocer de dicha etapa del procedimiento y, para tal efecto, transcribe la fracción VIII del artículo 32 del RICFC.

También señala que el procedimiento le fue turnado originalmente mediante acuerdo de treinta de noviembre de dos mil siete al Director de Mercados Regulados de la Comisión, por lo que el Director General de Procesos de Privatización y Licitación carecía de competencia.

Señala que sin que mediara acto fundado o motivado, el Director General de Mercados Regulados no actuó a partir de su inicio y quién realmente conoció del procedimiento en cuestión fue el Director General de Procesos de Privatización y Licitaciones sin que le correspondiera el turno otorgado por el Secretario Ejecutivo.

Por lo anterior, todo lo actuado ante la Dirección General de Procesos de Privatización y Licitaciones, es nulo por ser autoridad incompetente para conocer del procedimiento tramitado en el Expediente.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a repetir textualmente los argumentos que plasmó en su

Escrito de Manifestaciones³⁰ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral “VI.1.2. Incompetencia del Director General de Procesos de Privatización y Licitación (sic) de la Cofeco para actuar y tramitar la investigación”³¹ de la Resolución Definitiva y que señaló lo siguiente:

- Las cuestiones señaladas por Telcel son erróneas tomando en consideración que de acuerdo con el artículo 32, fracción VIII, del RICFC, era facultad de la Dirección General de Procesos de Privatización y Licitaciones “(...) investigar y dictaminar sobre poder sustancial de mercado o condiciones de competencia en los mercados regulados, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, que le sean turnados mediante acuerdo. (...)”. Además, existen facultades expresas para llevar a cabo el procedimiento a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE, es decir, determinar condiciones de poder sustancial en un mercado relevante y, por tanto, es **infundada** la manifestación de Telcel al respecto, debido que tal facultad no era exclusiva de la Dirección General de Mercados Regulados de la CFC, como alegó Telcel.
- No obstante lo anterior, el propio acuerdo de inicio del Expediente emitido el cuatro de abril de dos mil ocho, estableció que: “Con fundamento en el artículo 23, fracción X, del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, **túrnese el presente asunto al Director General de Procesos de Privatización y Licitación para la substanciación del presente procedimiento** en términos de lo establecido en (...) para lo cual se le autoriza a ejercer las atribuciones a que se refiere el artículo 32, fracciones VI y VIII del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia (...)” (Énfasis añadido)

En consecuencia, se cumplió con lo establecido en el artículo 32, fracción VIII, del RICFC, ya que dicho asunto fue turnado por el Secretario Ejecutivo al Director General de Procesos de Privatización y Licitaciones para investigar y dictaminar respecto a la materia del mismo.

- No obstante lo señalado por Telcel en el sentido de que el Expediente originalmente fue turnado al Director General de Mercados Regulados por acuerdo de treinta de noviembre de dos mil siete emitido en el expediente DC-007-2007 y que, por ende, dicha dirección se “constituyó como autoridad competente al efecto”, debido a que en dicho acuerdo se menciona que ese procedimiento “se encuentra radicado en esta Dirección General de Mercados Regulados”, se señala que se trató de un error, toda vez que si bien es cierto el acuerdo referido fue redactado en esos términos, en realidad se refiere a un procedimiento que fue desechado y, por ende, nunca fue tramitado, ni radicado ante Dirección General alguna de la CFC. Además, ninguno de los actos señalados en este apartado trascendió a la esfera jurídica de Telcel, toda vez que en el acuerdo de cuatro de abril de dos mil ocho que dio origen al Expediente

³⁰ Páginas 30 y 31 del Escrito de Manifestaciones.

³¹ Páginas 32 a 33 de la Resolución Definitiva.

efectivamente se turnó el asunto a la Dirección General de Procesos de Privatización y Licitaciones.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, que quedó evidenciada en párrafos anteriores, es de nuestra atención que en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó al final de éste que: *“En virtud de lo anterior, es evidente que el procedimiento tramitado con motivo de este expediente es ilegal ya (sic) así deberá resolverse.”*

Dicho señalamiento resulta inoperante por ser una manifestación gratuita que no aporta razonamientos lógicos jurídicos adicionales a los que había planteado en contra del Dictamen que sustenten su dicho y que ataquen o desvirtúen de manera alguna lo determinado en la Resolución Definitiva, debido a que simplemente se trata de una conclusión, cuyas premisas sólo repiten lo que ya había alegado en contra del Dictamen.

Se reitera que el Recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la Resolución Definitiva para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución recurrida.

III.1.3 Acuerdo de cuatro de abril de dos mil ocho.

Telcel señala que el acuerdo de fecha cuatro de abril de dos mil ocho, por el cual se dio inicio al Expediente es ilegal y debe ser revocado, pues resulta violatorio de los derechos procesales del Recurrente y carece de fundamentación y motivación. Lo anterior, por las siguientes razones:

i) No se justifica la necesidad de dar inicio a un procedimiento a petición de una persona física sin siquiera mencionar o publicar el carácter que tendría el Recurrente a partir de esa denuncia (sic) y aduce que se trata de una persecución en contra de Telcel.

ii) La Comisión no motivó por qué era admisible la denuncia o la solicitud presentada, ni explicó de manera adecuada ni exhaustiva el ejercicio de las atribuciones que le permitieron dar trámite al inicio del procedimiento, ni justificó la tramitación y resolución del Expediente.

iii) Que se establece una pluralidad de mercados relevantes para efectos de la investigación, siendo que la solicitud sólo se refiere a un solo mercado relevante. Además, en el auto señalado no se indicó expresamente que la solicitud que dio inicio al procedimiento se presentó únicamente en contra del Recurrente.

iv) La CFC aplicó de una manera *ad hoc* las normas de competencia, porque Telcel cumple cabalmente con lo ordenado por la SCT a través de la Cofetel respecto de sus títulos de concesión y demás normatividad aplicable.

v) Que el auto referido también es ilegal porque deja abierta la posibilidad de subsanar, modificar o corregir la determinación de varios mercados relevantes al momento de la emisión del dictamen, lo cual, genera inseguridad jurídica al Recurrente, pues no se define desde un principio la materia concreta sujeta a investigación.

Asimismo, señala que la Comisión pretende modificar a su conveniencia la determinación del mercado(s) relevante(s), y que en el proceso de pretendió modificar la Litis, lo que atenta al principio de firmeza y seguridad jurídica que debe regir todo procedimiento y se deja a Telcel en estado de indefensión.

vi) Que el inicio de la investigación es ilegal y produce daños a Telcel, porque la Comisión pretende llevar a cabo una investigación con efectos al Recurrente, no obstante su carácter de concesionaria y su régimen específico de regulación, es decir, materia de telecomunicaciones. Que a pesar que en el propio acuerdo de inicio de la investigación se establece que no se trata de un prejuzgamiento, en opinión del Recurrente sí lo es.

vii) Que la Comisión se pronuncia respecto de materias y cuestiones que no son de su competencia ni especialidad, sino de la SCT y la Cofetel, quienes por mandato de ley se especializan en las materias de comunicaciones y telecomunicaciones y, por lo tanto, son aquéllas quienes pueden pronunciarse en relación a dichas materias y no la CFC.

En virtud de lo anterior, la CFC vulneró el equilibrio de la Administración Pública Federal, pues invadió competencias propias de otras autoridades.

viii) Que la etapa de investigación debió concluir con el cierre del expediente y el procedimiento en que se actúa es improcedente porque el solicitante carece de legitimación activa y, por ende, no hay causa legítima alguna para continuarlo.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones³² y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.3. Acuerdo de 4 de abril de 2008 (inicio del procedimiento)"³³ de la Resolución Definitiva y se señaló lo siguiente:

³² Páginas 31 a 35 del Escrito de Manifestaciones.

³³ Páginas 33 a 37 de la Resolución Definitiva.

- En primer lugar, en la Resolución Definitiva se transcribió el acuerdo de cuatro de abril de dos mil ocho emitido en el Expediente, del cual se advirtió que los argumentos señalados en los incisos i) y ii) son incorrectos en virtud que en dicho acuerdo sí se justificó y razonó la necesidad de iniciar el procedimiento.

En la Resolución Definitiva se señaló que de conformidad por lo dispuesto en los artículos 63 de la LFT y las RSL emitidas por Cofetel, el inicio del procedimiento se justificaba pues se requería de la determinación de la CFC respecto a la existencia de poder sustancial en el mercado relevante para el establecimiento de obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad en el servicio e información, a efecto de evitar que se encarezca en perjuicio del Solicitante y del resto de los usuarios, un servicio vital como lo es el de la telefonía móvil.

En virtud de lo anterior, y de la resolución emitida el doce de marzo de dos mil ocho en el expediente RA-037-2007 (en la cual el Pleno de la CFC determinó que el Solicitante acreditó su carácter de usuario de los servicios de Telcel y motivó debidamente la necesidad de que la CFC iniciara el ejercicio de sus facultades correspondientes en términos del artículo 33 bis de la LFCE) se determinó iniciar el procedimiento a instancia del Solicitante.

Por otra parte, en el acuerdo de inicio de cuatro de abril de dos mil ocho se estableció específicamente que: *"(...) El presente procedimiento no debe entenderse como un prejuzgamiento sobre la existencia de poder sustancial por parte de agente económico alguno, toda vez que se trata de una actuación de la autoridad tendiente a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE, concluido el cual se emitirá la resolución que en derecho proceda (...)"* y en ese sentido, no obstante el Solicitante expresamente solicitó se iniciara el procedimiento para determinar el poder sustancial de Telcel en un mercado relevante, ello no implica que debía hacerse un señalamiento de Telcel como "denunciado", puesto que el procedimiento tramitado en el Expediente no es un procedimiento donde se ventilen situaciones contenciosas entre dos empresas, para defender intereses privados de cada una de ellas, sino un procedimiento de orden público, en el cual únicamente se emite una declaratoria de existencia de condiciones de poder sustancial en un mercado relevante.

- En segundo lugar, los argumentos correspondientes a los incisos iii) y v) son incorrectos, pues en la propia Resolución Definitiva (numeral 61) se advirtió que en el acuerdo de inicio no puede establecerse el o los mercados relevantes y solamente se identificó el mercado materia de la investigación para que, una vez tomados en consideración los elementos allegados al expediente y derivados de la misma, se determine posteriormente la existencia de uno o más mercados relevantes en el Dictamen o incluso en la resolución correspondiente, pero jamás en el acuerdo de inicio. Asimismo, la situación de que se establezcan uno o varios mercados a investigar, independiente de lo que al efecto señale el Solicitante del procedimiento en su escrito, no es una cuestión que le repare perjuicio a Telcel, ni

que sea violatorio de sus derechos procesales como lo indica, además de que omite precisar en qué manera le puede reparar algún perjuicio.

- Los mercados materia de la declaratoria mencionados en el acuerdo de inicio constituyen un concepto o ámbito general de la investigación que se inicia, ello en virtud de que dicho acuerdo no puede anticipar sobre las dimensiones espaciales (geográficas) y de servicio o producto que delimitan o definen el o los mercados relevantes; en otras palabras no puede prejuzgar la actualización de los criterios establecidos en el artículo 12 de la LFCE. Por tanto, la definición o determinación preliminar del mercado o mercados relevantes sólo puede ser obtenida a partir del análisis de competencia, sustentado en los criterios antes mencionados, mismo que se efectúa tomando en consideración la información allegada al expediente, y una vez concluido el periodo de investigación previsto en la fracción IV del artículo 33 bis de la LFCE.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE, el acuerdo de inicio debe contener el mercado materia de la declaratoria solicitada. Esto implica que, al iniciar el procedimiento y tomando en consideración los elementos aportados por el solicitante, en su caso, se debe determinar cuál será el mercado en que se realice la investigación, ya que *“el mercado materia de la declaratoria”* no debe entenderse como el mercado relevante, debido a que no se establece así literal y expresamente, sino como aquél que será, de forma general, la base para que el procedimiento de investigación se realice en dicho periodo del proceso de declaratoria. Sería absurdo entender que, al solicitar un procedimiento, el solicitante pueda presentar toda la información para determinarlo, siendo que desde el punto de vista de la composición de los mercados (oferentes-demandantes) un solo participante en un mercado no puede tener toda la información para que la CFC determine el mercado relevante.
- Así, el mercado a investigar no puede identificarse *a priori* con algún mercado relevante, de tal suerte que, al concluir la investigación, el dictamen preliminar constituye el momento procesal oportuno en el que se determinará el mercado relevante, teniendo en cuenta todos los elementos allegados a la misma. Incluso, podría considerarse que la determinación definitiva del mercado relevante será planteada en la resolución final (declaratoria) que emite el Pleno de la Comisión –o este Instituto- conforme a lo dispuesto en la fracción VII del artículo 33 bis de la LFCE, pero queda evidenciado que el mercado relevante no puede ser determinado en el acuerdo de inicio de la investigación.
- Por último, lo señalado en los incisos iv), vi) y vii) es incorrecto, tomando en consideración que el Expediente fue iniciado con fundamento en el artículo 33 bis de la LFCE, el cual establece que *“cuando las disposiciones legales (...) prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de (...) existencia de poder sustancial en el mercado relevante, (...) la Comisión emitirá (...) a petición de parte afectada (...) la resolución que corresponda. (...) se estará al siguiente procedimiento*

(...)”. Así, el artículo 63 de la LFT establece que “*La Secretaría (SCT) estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.*” Por tanto, el iniciar un procedimiento en el que se investigue y determine la existencia de condiciones de poder sustancial es una facultad de la CFC, independientemente de que el sector o industria en el cual se circunscriba la investigación sea un mercado regulado como señala Telcel y, en tal virtud, no existe impedimento legal para lo anterior.

- Tampoco existe la invasión de competencias que alega Telcel, en virtud de que la determinación de condiciones de existencia de poder sustancial era una facultad de la Comisión, y no existe impedimento legal para que tal investigación y determinación, en su caso, sea realizada en un sector regulado, y en donde los agentes económicos que participan en el mismo sean concesionarios de una red pública de telecomunicaciones y, en tal sentido, de forma alguna se realizan determinaciones de índole exclusiva conforme a las facultades de la Cofetel o de la SCT, aunado al hecho de que Telcel tampoco establece qué cuestiones no son de competencia o especialidad de la CFC, en el presente asunto.

Todas las anteriores consideraciones que fueron plasmadas por la Cofeco en la Resolución Definitiva para atender las manifestaciones realizadas por Telcel al Dictamen, no fueron combatidas por el Recurrente y, por tal motivo, deben permanecer intocadas para regir el sentido de dicha resolución.

Por otra parte, en este apartado de sus agravios, Telcel agregó un inciso con el número viii), en el que expresa que la etapa de investigación debió concluir con el cierre del Expediente, porque el Solicitante carece de legitimación activa y, por ende, no hay causa legítima alguna para continuarlo.

Debido a que este argumento se encuentra también planteado con posterioridad en su propio recurso de manera más amplia, por economía procesal se remite al análisis realizado en el apartado “*III.4 Carencia de causa eficiente*” de la presente resolución.

III.1.4 Publicación en el DOF de fecha treinta de abril de dos mil ocho.

a) Que la publicación del treinta de abril de dos mil ocho en el DOF es ilegal y violatoria de los derechos procesales de privacidad, intimidad, propiedad intelectual, secretos industriales y confidenciales relacionados con el Recurrente.

En primer lugar, la Comisión difundió a nivel nacional un prejujuicio con alusiones e implicaciones negativas respecto a Telcel, sin que se le hayan respetado sus derechos y garantías, lo cual lo dejó en estado de indefensión, violando de manera irreparable sus derechos de propiedad, privacidad e información.

Además, en términos de la Ley de Transparencia, la publicación contiene información reservada y, por lo tanto, no es susceptible de publicación. Por lo anterior, tal violación trascendió al trámite del procedimiento y debe ser revocada.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones³⁴ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.4. *Publicación en el DOF de fecha 30 de abril de 2008*"³⁵ de la Resolución Definitiva y que en resumen se señaló lo siguiente:

- El artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE establece que "*El Secretario Ejecutivo dictará el acuerdo de inicio y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación". (Énfasis añadido).*
- La publicación del extracto del acuerdo de inicio es un acto de difusión que tiene como único fin el que cualquier persona coadyuve en la investigación, lo cual se encuentra ordenado en el artículo citado. Para dichos efectos, el artículo 55 del RLFCE, en su fracción III, establece, en su último párrafo, que los extractos de acuerdo de inicio que deban publicarse en el DOF deben enviarse a ese órgano dentro de los diez días siguientes a la fecha de su emisión.
- En el Expediente se emitió el acuerdo de inicio el cuatro de abril de dos mil ocho,³⁶ posteriormente se envió al DOF la solicitud de publicación del extracto del acuerdo de inicio, presentado ante dicho organismo el dieciocho de abril del propio año,³⁷ dentro del periodo que la LFCE establece al efecto. Por tanto, la publicación multicitada se realizó tomando en cuenta las formalidades legales correspondientes para su publicación y, en tal sentido, es legal.
- El señalamiento de Telcel en el sentido de que dicha publicación se refiere a "*un procedimiento que no ha causado estado ni ejecutoria*" y que en términos de la Ley de Transparencia, no es susceptible de publicación por ser "*información reservada*" resulta una manifestación errónea, ya que no se puede equiparar la publicación de un extracto de acuerdo de inicio de una investigación, a una resolución que, en términos de la Ley de Transparencia deba reservarse su publicación. Asimismo, Telcel no señaló a qué artículo de la Ley de Transparencia se refiere en particular ni tampoco señaló por qué no es susceptible de publicarse el extracto del acuerdo de inicio, ni por qué debe considerarse información reservada.
- Aunado a ello, el artículo 31 bis de la LFCE, establece claramente que la información que se allega en el periodo de investigación, puede ser clasificada

³⁴ Páginas 35 y 36 del Escrito de Manifestaciones.

³⁵ Páginas 37 a 40 de la Resolución Definitiva.

³⁶ Folio 54 del Expediente.

³⁷ Folio 57 del Expediente.

como reservada, confidencial o pública, tomando en consideración los supuestos que para el caso en particular establece dicha normatividad. Ahora bien, el artículo 31 bis, en su fracción III, de la LFCE, establece que es información pública, aquélla que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos, esto es, dicha información es y será pública no importando circunstancias de modo, tiempo y lugar, ni de situaciones procesales particulares como lo es el caso en concreto.

- No existe en tal extracto publicado en el DOF, información que, de conformidad con la LFCE o inclusive la Ley de Transparencia, deba ser considerada como reservada.
- Por otro lado, Telcel no señala el por qué esa publicación lo deja en estado de indefensión, y se violan “irreparablemente” sus derechos de propiedad, privacidad, e información.
- Más aún, por ser una cuestión de orden público, el acuerdo referido establece, únicamente y de forma general, el inicio de un procedimiento administrativo, el tipo de procedimiento que se inicia, la materia de la investigación, el mercado a investigar, el periodo de la investigación y el establecimiento de facultades para conducir la investigación. Además, contrario a lo señalado por Telcel, no se publicó su nombre, ni se establecieron “implicaciones negativas” respecto al mismo, como se advierte de la transcripción del extracto realizada en dicho apartado.

Las anteriores consideraciones no son combatidas en forma alguna por el Recurrente y, por tal motivo, deben permanecer intocadas.

b) Que la publicación que se hizo en el DOF es ilegal porque no cumple con los extremos que exige la ley para que tal extracto fuese publicado. Que contrario al texto del artículo 33 bis, fracción V, de la LFCE, en el extracto publicado no se establece dato relevante ni específico alguno ni referencias concretas respecto de la investigación.

Que el contenido de dicho extracto no es suficiente para comprender la materia del procedimiento en que se actúa ni las consideraciones que llevaron a la autoridad a resolver en determinado sentido, y ello, trasciende en el trámite del procedimiento y en la resolución definitiva.

Los argumentos de Telcel son inoperantes porque abundan en sus manifestaciones, toda vez que el Recurrente simplemente se limitó a reiterar textualmente y a complementar los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones³⁸ y no atiende ni ataca el numeral “VI.1.8. *Publicación en el DOF de fecha 30 de abril de 2008*”³⁹ de la Resolución Definitiva y que en específico señaló lo siguiente:

³⁸ Páginas 50 y 51 del Escrito de Manifestaciones.

³⁹ Páginas 59 a 60 de la Resolución Definitiva.

- Tal manifestación deviene inoperante, en virtud de que la publicación realizada el día treinta de abril del dos mil ocho, contiene los elementos que al efecto establece el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE, es decir, en dicha publicación: **a)** se establece el inicio del procedimiento relativo a determinar la existencia de condiciones de poder sustancial en los mercados de servicios locales móviles de voz (mercados materia de la investigación), por medio de solicitud; **b)** que el actuar de la autoridad tiene como finalidad llevar a cabo el procedimiento que al efecto establece el artículo 33 bis de la LFCE, concluido el cual se emitirá la resolución correspondiente, y que ello no implicará la aplicación de sanciones a las que se refiere el correlativo 35 de la LFCE; **c)** se establece que el plazo de la investigación será hasta de cuarenta y cinco días contados a partir de la publicación del asunto, y que dicho plazo podrá ser ampliado; **d)** se establece que dicho procedimiento ha sido turnado al Director General de Procesos de Privatización y Licitación, quien ejercerá las facultades para realizar y concluir el procedimiento de mérito, y **e)** que la publicación de mérito se realiza con la finalidad de que cualquier persona pueda coadyuvar durante el periodo de investigación del presente procedimiento.
- Queda demostrado que la publicación de mérito cumplió con establecer los mercados que serían materia de la investigación, y que cualquier persona podía coadyuvar durante el procedimiento de investigación, se establecieron diversos datos relevantes y específicos del procedimiento que se llevó a cabo, y con los cuales se proporciona información que permitiría, en su caso, coadyuvar a quien así lo deseara, durante el procedimiento de investigación, ya que precisamente es ésta la razón de ser de dicha publicación.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, llama la atención que en este apartado de su Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó al final que: *“En virtud de lo expuesto, es evidente que la violación procesal de mérito es ilegal y ha trascendido en el dictado de la Resolución Definitiva.”*

Dicho argumento resulta **inoperante** por ser una **manifestación genérica** que no aporta razonamientos lógico jurídicos que sustenten su dicho o acrediten afectación alguna y ello, aunado a las consideraciones anteriores, no desvirtúa de manera alguna lo determinado por la Comisión en la Resolución Definitiva.

Se reitera que el Recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la Resolución Definitiva para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución recurrida.

III..1.5 Oficio de siete de mayo de dos mil ocho (primer requerimiento formulado a Telcel).

Que el oficio de siete de mayo de dos mil ocho que contiene el primer requerimiento de información formulado a Telcel es ilegal, porque carece de fundamentación y motivación toda vez que no se sustenta en preceptos jurídicos aplicables y excede los supuestos contemplados por la legislación vigente para la realización de tal acto de autoridad; es decir, carece de definición e información precisa sobre la causa, motivos concretos, pretensiones, consecuencias y alcances que este procedimiento pudiere tener, y por lo tanto, el Recurrente estaba imposibilitado para proporcionar la información requerida.

Aduce que la información requerida tenía el carácter de confidencial y/o reservada, y que, además constituye una "*pesquisa*" en contra del Recurrente, para que ésta última pudiera auto-incriminarse ante la falta de conocimiento de la causa. Por tal motivo, Telcel consideró que no tenía obligación de proporcionar información alguna a la Comisión.

Asimismo, el Recurrente argumenta que al habersele considerado como agente económico con interés constituye un prejuzgamiento en su contra.

III..1.6 Auto de doce de junio de dos mil ocho (reiteración a requerimientos de información)

Que el auto de doce de junio de dos mil ocho, mediante el cual se reiteró a Telcel el requerimiento de información señalado en el numeral III..1.5 de la presente resolución, es ilegal y le causa perjuicios a Telcel y remite a la misma argumentación utilizada en el numeral anterior y añade que el acuerdo de doce de junio de dos mil ocho es ilegal en sí mismo porque además de reiterar el requerimiento de información formulado a Telcel, la Comisión se abstuvo de acompañar el cuestionario correspondiente.

III..1.7 Reiteración del requerimiento (auto de nueve de julio de dos mil ocho).

Que el acuerdo de nueve de julio de dos mil ocho es ilegal y le causa perjuicios a Telcel en virtud de lo siguiente:

a) Que la ilegalidad es evidente porque la Comisión desconoce las manifestaciones formuladas por Telcel al dar respuesta a los diversos requerimientos de información que le fueron formulados y que la Comisión descalificó lo dicho por Telcel para formular un nuevo requerimiento bajo un apercibimiento ilegal e incongruente.

Que el apercibimiento de "*que esta Comisión adoptará la resolución correspondiente, con base en los hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles*" resulta ilegal e improcedente por ser contrario a los derechos procesales de Telcel como agente económico con interés e incongruente con las constancias de autos.

Que en cualquier supuesto, Telcel está imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló y podrá hacer valer sus derechos procesales, en tanto no se respete su garantía de audiencia previa de acuerdo al artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE.

Que es improcedente e ilegal que se le haya formulado y reiterado a Telcel el requerimiento, bajo apercibimiento cualquiera, pues a nadie puede obligarse a renunciar a derecho alguno en su perjuicio y porque existe causa legal que implica que no puede ser obligada a pronunciarse en el procedimiento hasta que se respeten plenamente sus garantías de audiencia y legalidad que le corresponden como agente económico con interés en términos de los artículos 54, fracción II, incisos b) y c) del RLFCE, lo que la colocó en el supuesto del artículo 33 bis, fracción VI, de la Ley.

Que la reiteración y el apercibimiento formulados también resultan improcedentes por la incorrecta motivación del auto de nueve de julio de dos mil ocho, y que ello determina nuevamente que se hubiesen actualizado las causas de imposibilidad para su desahogo.

Por otro lado, que la Comisión no le informó a Telcel cuál es la materia precisa del procedimiento ni mencionó ningún hecho concreto con claridad, razón por la cual la motivación del requerimiento formulado es ilegal. Asimismo, que la reiteración del requerimiento de información carece de motivación suficiente, pues inclusive el contenido de tal requerimiento sólo podría conocerse mediante referencia a un acto administrativo distinto del auto de nueve de julio de dos mil ocho.

b) Que el apercibimiento decretado en el auto de nueve de julio de dos mil ocho también es ilegal e inaplicable, por carecer de un contenido preciso y sustentable, es decir, que lo establecido por el artículo 34 bis 2, segundo párrafo, de la LFCE, no es aplicable en la especie, dado que Telcel no tenía el carácter de *"agente económico emplazado"*, ni de *"aquél cuyos hechos sean materia de investigación"*, como lo exige tal disposición.

Asimismo, que lo dispuesto en el artículo 34 bis 2, segundo párrafo, de la LFCE, no está previsto como una medida de apremio según el artículo 34 de la propia Ley.

Además, Telcel argumenta que jurídicamente no puede existir un apercibimiento que trate de obligar o coaccionar al gobernado a que renuncie o vulnere sus garantías de audiencia y legalidad. Por ello, tanto la reiteración el requerimiento de información y el apercibimiento decretado en el auto de nueve de julio de dos mil ocho, resultan ilegales y causan daños a Telcel, al haber trascendido al procedimiento, por lo que deberán revocarse.

III.1.8 Auto de catorce de agosto de dos mil ocho.

Que el auto de catorce de agosto de dos mil ocho es ilegal y transgrede los derechos y garantías de Telcel, ya que carece de una debida fundamentación y motivación, no es exhaustivo ni preciso en relación a las consideraciones de la Comisión y al haber desestimado lo expuesto por Telcel; por lo tanto, contrario a lo dispuesto en el artículo 6 del RLFCE.

Asimismo, el auto de catorce de agosto de dos mil ocho, por el que se hace efectivo el apercibimiento decretado en la reiteración del requerimiento de información también es ilegal, en virtud de la ilegalidad *per se* del apercibimiento mismo.

Los argumentos expuestos en los numerales III.1.5 a III.1.8 son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones⁴⁰ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.5. Oficio de 7 de mayo de 2008 (Primer requerimiento formulado a Telcel)"⁴¹ de la Resolución Definitiva, sobre los que concluyó lo siguiente:

- Lo expresado por Telcel carece de sustento, y en este sentido son incorrectas sus manifestaciones, tomando en consideración que en el requerimiento de información y sus diversos acuerdos de reiteramiento del doce de junio, nueve de julio y catorce de agosto, todos de dos mil ocho, se muestra que la información y/o documentación requerida es relevante y, por tanto, pertinente y necesaria para el procedimiento, dado el análisis de competencia que se debe realizar en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE, y 11 a 14 del RLFCE.
- Que la información y/o documentación que se requirió a Telcel referente a: **(i)** los sustitutos del bien o servicio de que se trate (en este caso de los servicios locales móviles de voz); **(ii)** los costos de distribución del bien o servicio en cuestión; **(iii)** los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; **(iv)** la participación en el mercado relevante; **(v)** la existencia de barreras a la entrada; **(vi)** la existencia y poder de competidores y **(vii)** el acceso a fuentes de insumo, se consideró necesaria para analizar y evaluar los hechos o situaciones que corresponden a los criterios de análisis especificados en los preceptos antes citados.
- La estrecha conexión de las preguntas contenidas en el requerimiento emitido a Telcel,⁴² -misma a que se refieren los acuerdos de reiteramiento de doce de junio y nueve de julio, ambos de dos mil ocho-, con el mercado estudiado, sus participantes, usuarios, condiciones y, en general, con las cuestiones indicadas en los subincisos precedentes, se desprende de la simple lectura del oficio, el cual se

⁴⁰ Páginas 36 a 43 del Escrito de Manifestaciones.

⁴¹ Páginas 41 a 51 de la Resolución Definitiva.

⁴² Folios 181 a 190 del Expediente.

encontró debidamente motivado y estableció las cuestiones que, de manera general, se resumen en las preguntas del cuestionario integrado al mismo, por lo que el argumento en contrario de Telcel es injustificado.

- Asimismo, en los acuerdos citados, de forma general se establecieron cuestiones similares respecto a la motivación de los mismos que le fueron reiteradas y se establecieron los fundamentos legales que permiten la actuación de la Comisión, en la emisión del reiteramiento al requerimiento de información, el carácter con el que se le requirió a Telcel dentro del procedimiento, el por qué se le requirió dicha información a dicho agente económico y la motivación del por qué la información era necesaria y pertinente para la materia del presente asunto. Esos elementos constituyen la debida motivación que debe cumplir un acto de molestia de una autoridad administrativa, como lo es la CFC.
- Además de lo anterior, Telcel no señaló de forma específica qué información y/o documentación solicitada por la CFC fue irrelevante o innecesaria para estudiar cada uno de los criterios y situaciones previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, y 11 a 14 de RLFCE, por lo que su argumento resulta injustificado.
- Telcel no ha sustentado su dicho señalando los preceptos que a su juicio no son aplicables o los que, siéndolo, se hayan omitido en los requerimientos y acuerdos que le fueron notificados, y que por ende se puede considerar una falta de fundamentación respecto de los actos de la presente autoridad. Por tanto, son insostenibles sus manifestaciones al respecto.
- En el requerimiento de información y documentos se precisó a Telcel su carácter de concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, y que con base en ello es susceptible de ser oferente y/o demandante de servicios locales móviles de voz, y en tal virtud, se le consideró como un agente económico relacionado con el procedimiento. En consecuencia, es falsa la manifestación con relación a que se consideró a Telcel como agente económico con interés, toda vez que en ninguna parte del oficio que contiene el requerimiento de información y documentos emitido a Telcel, se establece que se le haya dado tal carácter.
- Más aún, en los reiteramientos emitidos a Telcel, en virtud de su actitud contumaz, se estableció que cualquier persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que se investigue o con la materia de sus procedimientos, tiene obligación de proporcionar lo que se le solicite, en la forma en que se le requiera, cuestión que claramente lo vincula al presente procedimiento como un agente económico relacionado al presente procedimiento, y sin que ello permita sostener que se le estableció la calidad de agente económico con interés, en términos del artículo 54, fracción II, del RLFCE, como alega erróneamente Telcel.
- Asimismo, tampoco puede considerarse que el hecho de habersele apercibido para el caso de no desahogar el requerimiento de información y documentos, reiterado en diversas ocasiones, sea violatorio de sus derechos o improcedente e

ilegal, toda vez que la única pretensión del apercibimiento es advertir al contumaz que se debe emitir resolución con los elementos de que disponga y la información y documentación disponible, esto es, aquélla que se allegue al expediente dentro del procedimiento de investigación, tomando en consideración que se dirige a un agente económico relacionado con el presente procedimiento (Telcel), y en consecuencia, en ninguna parte se le obliga a renunciar a derecho alguno.

- Dado que la materia del Expediente es determinar si existe o no de poder sustancial en el mercado relevante (para lo cual se realiza una investigación, y dentro de la misma la autoridad correspondiente se encuentra facultada para emitir requerimientos de información y documentos), la única garantía que se protege al momento de emitir requerimientos y acuerdos de reiteramiento es la de legalidad, que establece que dichos actos deben encontrarse debidamente fundados y motivados.
- También es erróneo considerar que lo establecido por el artículo 34 bis 2 de la LFCE, únicamente se refiere a quien detenta el carácter de agente económico emplazado y aquél cuyos hechos son materia de una investigación, toda vez que dicho artículo establece, en su parte conducente: *“La Comisión adoptará sus resoluciones... con base en los hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles... cuando el agente económico emplazado o aquél cuyos hechos sean materia de investigación, así como las personas relacionadas con éstos, se nieguen a proporcionar información o documentos...”* (énfasis añadido). Por tanto, queda claro que la resolución correspondiente se debe emitir, aunque las personas relacionadas con los procedimientos que se siguen -como lo fue Telcel durante el procedimiento de investigación- no presenten la información requerida.
- Por otro lado, la situación alegada en el sentido de que lo establecido por el artículo en comento *“no está previsto como una medida de apremio”*, y que en tal virtud, no es lícito utilizarlo como tal, deviene **infundada**. Ello es así, puesto que la definición legal de apercibimiento se circunscribe a señalarle a determinada persona las consecuencias legales de sus actos u omisiones, y eso fue lo único que se le indicó al contumaz en el requerimiento de información y sus posteriores reiteramientos, esto es, se le hizo del conocimiento que, para el caso de que no se presentara la información requerida, la Comisión emitiría la resolución correspondiente con la información y documentación disponible, y los hechos de que tenga conocimiento, y por tanto, de forma alguna lo anterior le causa daño, ni puede considerarse ilegal, siendo que tampoco establece en sus manifestaciones de qué forma ello es así.
- Tampoco le corresponde a un agente económico determinar de forma unilateral si el acto de la autoridad se encuentra debidamente fundado y motivado, y que tales razones sustenten la actitud contumaz respecto de un requerimiento de información y documentos emitido por una autoridad administrativa dentro de un procedimiento administrativo. Telcel no puede argumentar que no desahoga en tiempo y forma un requerimiento de información y documentos emitido por una

autoridad competente, única y exclusivamente porque el obligado al desahogo considere que tal acto de autoridad no se encuentra debidamente fundado y motivado. Además, el agente económico no puede desconocer a las autoridades administrativas *motu proprio*, ya que el incumplimiento anterior entorpece el procedimiento administrativo, mismo que es de orden público, y en este sentido, la sociedad se encuentra interesada en que la presente Comisión ejerza las facultades que la LFCE le establece, y concluya el mismo con la resolución correspondiente, tomando en consideración toda la información y documentación allegada al expediente.

- Telcel no puede aducir cuestiones de relación o conexidad entre dos procedimientos realizados dentro de mercados diversos, ni mucho menos aducir “exceso” en lo solicitado, para incumplir con un requerimiento de información y documentos como el de la especie, siendo que, por un lado, las cuestiones solicitadas en ambos procedimientos, obedecieron a la fundamentación y motivación que en cada requerimiento de información se estableció, atendiendo a la materia específica del procedimiento –determinar la existencia de condiciones de poder sustancial dentro de un mercado relevante-; por otro lado, la “cantidad” de información y/o documentación únicamente obedece a los elementos que permitirán realizar el análisis económico-legal del caso particular, y de acuerdo a la motivación en cada caso, por lo que argumentar que la misma es “excesiva”, únicamente motivaría tardanza en su presentación, y evidentemente no es un impedimento de fondo que sustente la actitud contumaz a coadyuvar dentro del procedimiento que nos ocupa, por parte de la manifestante.
- En suma, las razones y señalamientos expresados desvirtúan lo argumentado por Telcel respecto a la indebida e insuficiente fundamentación y motivación del requerimiento de información y documentos, así como de los reiteramientos al mismo, y el carácter con el que se le requirió a Telcel dentro del presente procedimiento.
- Por último, resulta errónea la manifestación de Telcel encaminada a demostrar la existencia de una pesquisa prohibida por la ley, la cual por definición implica la indagación de algo para averiguar la realidad o sus circunstancias sin que exista justificación alguna, cuestiones que son completamente ajenas en el procedimiento, tomando en consideración tanto lo manifestado por la Comisión con respecto a los apartados VI.1.3 y VI.1.5, de la Resolución Definitiva, en donde se establece que: **(i)** que el presente procedimiento se ha apegado estrictamente a los requisitos previstos en ley; **(ii)** que los requerimientos de información y documentación hechos a Telcel versan sobre hechos concretos relativos a los mercados de servicios locales móviles de voz, así como de sus participantes y usuarios; **(iii)** que el requerimiento de información y documentos, así como los reiteramientos a los mismos, se encuentran debidamente fundados y motivados y,

(iv) que el acuerdo de inicio contiene la causa objetiva del presente procedimiento.

- Así, es erróneo considerar que el presente procedimiento fue iniciado sin existir justificación alguna, y por tanto, que el mismo tenga la naturaleza de una pesquisa, como lo alega.

Como puede observarse del resumen anterior, la Comisión ya había analizado los argumentos que presenta Telcel como agravios en el presente recurso y expuesto las razones por las que se estimó que dichas actuaciones eran legales. Sin embargo, Telcel no controvierte las consideraciones plasmadas en la Resolución Definitiva que abordaron esas manifestaciones, lo que provoca que las mismas queden intocadas para regir el sentido de la presente resolución.

III.1.9 Indebido uso de documentos provenientes de otros expedientes.

a) Que en el texto del Dictamen y la Resolución Definitiva, la Comisión utilizó como pretendido soporte supuestas constancias de expedientes que son ajenos al DC-008-2007, lo que constituye una ilegalidad en perjuicio directo de Telcel.

De tal manera que no puede tener valor probatorio ni circunstancial respecto de Telcel, la información obtenida de procedimientos independientes al tramitado en el Expediente, que se refieren a cuestiones diversas, con materias y objetos distintos, aún tramitados ante autoridades diferentes, con partes distintas, cuyas resoluciones definitivas no han causado estado ni han quedado firmes.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por reiterativos, toda vez que el Recurrente simplemente se limitó a reproducir textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones⁴³ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de ellos. En específico, dichos argumentos ya fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.6. *Indebido uso de documentos provenientes de otros expedientes*"⁴⁴ de la Resolución Definitiva y que establecieron lo siguiente:

- La situación señalada por Telcel está establecida en los antecedentes del Dictamen, en donde se especifica que la información allegada dentro del Expediente de acuerdo a las facultades de investigación que la CFC detentaba, fue allegada al expediente de forma oficiosa tomando en consideración las facultades de investigación y de conformidad con lo establecido por el artículo 88 del CFPC de aplicación supletoria.⁴⁵

⁴³ Páginas 43 y 44 del Escrito de Manifestaciones.

⁴⁴ Página 52 de la Resolución Definitiva.

⁴⁵ Mismo que establece lo siguiente: "ARTÍCULO 88.- Los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes."

Tal situación no implica una *"ilegalidad en perjuicio directo de Telcel"*, ya que no explica el por qué la diversa información que fue allegada al Expediente le repara perjuicio, ni tampoco por qué dicha información no puede tener *"valor probatorio ni circunstancial"*, es decir, no expone cuál de esa información cae en tal supuesto, ni el por qué cierta información tendría que ser corroborada y/o ratificada por *"autoridad competente"*, aunado a que la misma constituye apreciaciones y datos sujetos a *"cambios en función de situaciones exógenas"* o emitidos en procedimientos en que Telcel no intervino.

- Telcel no expone con claridad qué información de la que fue integrada al Expediente derivada de otros procedimientos radicados ante la Comisión, caería en los supuestos que expone, y por ende, le causaría un perjuicio directo.
- Como fue señalado en el apartado VI.1.5 de la Resolución Definitiva, Telcel se negó reiteradamente a desahogar el requerimiento de información emitido a su cargo, así como los diversos reiteramientos al mismo, esto es, se negó a proporcionar información y documentos dentro de la investigación a que se refiere el presente asunto, lo cual dio lugar a la necesidad de allegarse la información al Expediente de otra forma, así como de localizar e incluir información de diversa naturaleza, pero siempre relacionada con la materia de la investigación.

Telcel es omiso en combatir tales consideraciones y, en ese sentido, consiente lo manifestado en la Resolución Definitiva.

b) Que los argumentos de Telcel no son opuestos ni excluyentes, como lo señaló la Comisión en la página 23/231 de la Resolución Definitiva y que la misma pretende abusar de su situación de autoridad al pretender utilizar e incorporar información proveniente de otros procedimientos a su conveniencia, lo que es incongruente e ilegal.

Su argumento es inoperante por manifestaciones genéricas pues el Recurrente se limita a descalificar y tachar de ilegal la facultad que le otorga el artículo 61 del RLFCE para allegarse de la información que considere necesaria para el trámite del procedimiento sin aportar algún razonamiento lógico jurídico que sustente la ilegalidad de lo que alega. Contrario a lo señalado por Telcel, al integrar información al Expediente, la autoridad no abusa de su calidad, sino que única y exclusivamente ejerce sus facultades de investigación establecidas en los artículos 31 y 34 bis 2 de la LFCE y 61 del RLFCE, con la finalidad de allegarse los medios de convicción que le permitan conocer la verdad sobre los hechos materia del procedimiento y para lo cual sólo se requiere que se encuentren reconocidos en ley (en este caso se trata de documentales públicas y privadas)⁴⁶ y que tengan relación inmediata con los hechos;

⁴⁶ El veintiocho de septiembre de dos mil ocho se agregaron al Expediente: copia certificada de información presentada por diversos agentes económicos en el procedimiento DC-007-2007 (actualmente E-IFT/UCE/DC-0001-2017 del índice de este IFT), en virtud de la relevancia de la información para el procedimiento DC-008-2007.

sobre este último punto, Telcel reconoció la estrecha relación que existe entre ambos expedientes, tan es así que solicitó la suspensión del procedimiento.

No obstante lo anterior, el Recurrente efectivamente incurrió en una contradicción y pretende sacar de contexto lo determinado por la Cofeco.

Es cierto que en la página 23 de la Resolución Definitiva, la CFC señaló:

“(...) A manera de abundamiento, Telcel alegó a fojas 43 y 44 de su escrito de manifestaciones que es indebido agregar constancias de otros expedientes en el presente procedimiento, en virtud de ser cuestiones diversas y con materia y objetos distintos; al respecto, es preciso advertir que se agregó al presente procedimiento información proveniente del expediente DC-07-2007. Por otro lado, la manifestante propone en el apartado en estudio que la relación del expediente DC-07-2007 es tal que se debe suspender o incluso cerrar el presente, tomando en cuenta la intrínseca relación entre ellos. Tal situación es claramente contradictoria, y se advierte que ello demuestra lo erróneo de sus argumentos, siendo que no pueden ser correctos ambos argumentos, por ser excluyentes. (...)” (Énfasis añadido)

No obstante, las incongruencias que apunta el Recurrente por parte de la Comisión no existen.

En primer lugar, Telcel alega que es ilegal que la CFC haya agregado información de otros expedientes ajenos al Expediente. No obstante, el Recurrente pasa por alto que la información allegada al expediente se trata precisamente de diversa contenida en el expediente DC-007-2007, tramitado también por esta autoridad, ante lo cual, en el párrafo transcrito el Recurrente había solicitado se cerrara o suspendiera el Expediente en virtud de la relación estrecha de ambos procedimientos.

En consecuencia, la contradicción es evidente en el sentido que Telcel no puede pretender argumentar en un primer momento que la información allegada del expediente DC-007-2007 al Expediente, trata de cuestiones diversas, tienen objeto y materia distintos, para luego sostener –en el mismo párrafo– que existe relación entre dichos procedimientos y que dicha relación es tal, que debería suspenderse o cerrarse el Expediente dada su estrecha e intrínseca relación.

III..1.10 Dictamen Preliminar de veintiocho de octubre de dos mil ocho.

- i) Que el Dictamen carece de una debida motivación, puesto que no se señala su naturaleza jurídica, efectos o consecuencias, por lo que restringe las posibilidades de defensa del particular.
- ii) Que la Comisión carece de competencia para aplicar e interpretar las normas de telecomunicaciones que se mencionan en el Dictamen. Además, que tanto el Dictamen y sus anexos, particularmente los marcados con los números 1.b., 1.c.,

1.d., 4 y 5, son ilegales en virtud de que en ellos se realizó una indebida, desigual e ilegal clasificación de la información como información confidencial.

Que los preceptos de la LFCE y la Ley de Transparencia utilizados por la Comisión para hacer público el anexo 1.a. no la autorizan a hacer público su contenido, y por ende, la Comisión debió abstenerse de publicarlo en términos de lo dispuesto por los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 13, 14, 15 y 16 de la Ley de Transparencia.

iii) El Recurrente argumenta que la clasificación resulta injusta e ilegal ya que, bajo un trato desigual y violatorio del principio de igualdad procesal a las partes frente a la autoridad, la Comisión clasificó como información confidencial y negó la publicación y acceso de las demás partes a los Anexos 1b, 1c, 1d, 4 y 5, en tanto que determinó, por otra parte, como información pública el Anexo 1.a. relativo al grupo económico Telcel.

iv) Que las conclusiones que de tal información pretendió obtener el Pleno debían ser clasificadas como información confidencial o reservada en términos de la Ley de Transparencia, pues dichas conclusiones constituyen decisiones preliminares emitidas por una autoridad respecto de un procedimiento que no ha concluido, en su defecto, debe clasificarse como pública la información contenida en los anexos 1b, 1c, 1d, 4 y 5.

v) Telcel manifiesta su oposición a la publicación de sus datos personales en virtud que no se le emplazó ni informó qué información obraría en autos.

vi) Es ilegal y contrario a los derechos procesales de Telcel que se haya clasificado la información presentada por Cofetel y Procuraduría Federal del Consumidor, en virtud que se le impide tener acceso a esos datos y Telcel no sabe qué información fue solicitada a esas dependencias y cuál es propiedad del mismo.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por reiterativos, toda vez que el Recurrente simplemente se limitó a repetir textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones⁴⁷ y no ataca ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral “VI.1.7. Dictamen preliminar de 28 de octubre de 2008”⁴⁸ de la Resolución Definitiva y que en específico se señaló lo siguiente:

- Lo señalado por Telcel en el inciso i) es injustificado. Lo anterior es así, tomando en consideración que en los numerales 25 a 33, del apartado denominado “II. Consideraciones de Derecho” del Dictamen, se explicaron claramente la naturaleza jurídica, efectos y consecuencias del procedimiento, en el sentido del alcance que el mismo tiene, respecto de la determinación de existencia o inexistencia de condiciones de poder sustancial en un mercado relevante, derivado de la

⁴⁷ Páginas 44 a 50 del Escrito de Manifestaciones.

⁴⁸ Páginas 53 a 59 de la Resolución Definitiva.

investigación que al efecto se realizó, y que, en su caso, si se determinan condiciones de poder sustancial, la calidad del servicio e información, de acuerdo con lo establecido por el artículo 63 de la LFT.

- En relación con lo señalado en el numeral ii), Telcel no indica en qué apartado, inciso, párrafo o numeral del Dictamen, la Cofeco interpretó y/o aplicó la “*normatividad en materia de telecomunicaciones*”, ya que no obstante que la materia de telecomunicaciones está vinculada al presente procedimiento, en virtud de lo establecido al efecto por el artículo 63 de la LFT, ello no permite señalar que la CFC haya aplicado y/o interpretado artículos específicos de la LFT dentro del presente procedimiento.
- Lo indicado en los numerales iii), iv) y v) deviene incorrecto, por las siguientes razones:

En primer lugar, Telcel alude a diversos artículos de la Ley de Transparencia sin especificar cuál disposición considera aplicable al caso y que se haya vulnerado en su perjuicio y precisa que el anexo 1a y el Dictamen, constituyen información reservada de acuerdo a la Ley de Transparencia. Dichas manifestaciones devienen inatendibles, toda vez que conforme al artículo 31 bis de la LFCE, la información que se allega la CFC en el periodo de investigación en los procedimientos que realiza puede ser clasificada como reservada, confidencial o pública, tomando en consideración los supuestos que para el caso en particular establece dicha normatividad.

La publicación del Dictamen, así como el Anexo 1a del mismo, fue realizado en cumplimiento a lo establecido por los artículos 33 bis, fracción V, de la LFCE; y 55, último párrafo, del RLFCE, Además, el artículo 31 bis de la LFCE, en su fracción III, establece que es información pública, aquella que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos, esto es, dicha información es y será pública no importando circunstancias de modo, tiempo y lugar, ni de situaciones procesales particulares como lo es el caso en concreto.

La información publicada en la página en Internet de la Comisión relativa a los anexos señalados con los números 1b, 1c, 1d, 4 y 5, fue publicada de forma parcial toda vez que la información corresponde a información pública e información confidencial, esta última por haber sido clasificada y resguardada con ese carácter de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE en cuanto a que la clasificación de confidencialidad de la información se hará a solicitud del agente económico interesado, siempre y cuando se presente un resumen de la información. Telcel no desahogó los requerimientos de información, consecuentemente no pudo haber solicitado la clasificación de información que no proporcionó. Situación que sí aconteció respecto de la información proporcionada por los agentes económicos y las autoridades que desahogaron los requerimientos de información.

En segundo lugar, respecto a la publicación de datos personales de Telcel, es absurdo que la manifestante considere que la publicación multicitada le causa perjuicio, e incluso que se “oponga” a la publicación de sus “datos personales”, en virtud que las personas morales no tienen datos personales conforme al artículo 3 de la Ley de Transparencia y diversos criterios del PJF.

En tercer lugar, la información que conforma el Anexo 1a, del que se duele Telcel, proviene única y exclusivamente de información obtenida por medios públicos, en virtud de que tal empresa no desahogó el requerimiento de información y documentos emitido a su cargo por la presente autoridad, ni los reiteramientos al mismo, por lo que queda claro que la información obtenida y que sustenta su pertenencia al mismo grupo económico, es información pública. Además, Telcel no señala qué información de la que fue plasmada en dicho documento, tendría el carácter de confidencial y, en tal virtud, no se acredita la ilegalidad ni trato desigual que alega la manifestante.

- Por último, lo señalado en el numeral vi) es erróneo, en virtud de que la situación relativa a clasificar como confidencial diversa información allegada al expediente, en particular, parte de la información presentada por la Cofetel y la Procuraduría Federal del Consumidor, fue derivado de la solicitud y demostración que de tal clasificación solicitaron dichas entidades de conformidad con lo establecido en el artículo 31 bis de la LFCE.

III..1.11 Actuaciones posteriores al cierre de la investigación.

Que todas las actuaciones procesales, publicaciones, acuerdos, recepción de documentos y demás que tuvieron lugar en el procedimiento con posterioridad al cierre de la etapa de investigación e integración del Expediente que se hizo el veintitrés de septiembre de dos mil ocho, son ilegales porque se realizaron extemporáneamente.

El Recurrente hace una transcripción de las fracciones V, VI y VII del artículo 33 bis de la LFCE y derivado de ello señala que una vez que la investigación concluya, la CFC únicamente puede emitir el Dictamen y publicarlo, pero no puede ni debe seguir emitiendo acuerdos de trámite.

Asimismo, que, en distintos momentos, la CFC practicó actuaciones fuera de los plazos establecidos y, por tanto, resultan nulas e ineficaces.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por reiterativos, toda vez que el Recurrente simplemente se limitó a reproducir textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones⁴⁹ y no atiende ni ataca de manera puntual lo

⁴⁹ Páginas 51 a 53 del Escrito de Manifestaciones.

que la Comisión resolvió respecto de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral “VI.1.9. Actuaciones posteriores al cierre de la investigación”⁵⁰ de la Resolución Definitiva y que en resumen se señaló lo siguiente:

- La situación que Telcel señala es falsa. Los acuerdos emitidos entre el veintitrés y el treinta de septiembre de dos mil ocho se refieren exclusivamente a la información que fue presentada dentro del periodo de investigación, esto es, hasta el veintitrés de septiembre o antes de esa fecha, de conformidad con los plazos previstos en la LFCE y el RLFCE. Por otro lado, Telcel no precisa ni refiere exactamente a qué acuerdo y/o integración de información y/o actuación procesal se refiere, en consecuencia, no se puede establecer qué actuación, de existir, le afecta.
- No obstante lo anterior, se precisó que dentro del periodo de investigación se realizan diversas actuaciones tendientes a allegar información que permita determinar el mercado relevante así como el poder sustancial en el mismo, y que existen plazos para presentar la información. Ahora bien, el artículo 55, fracción II, del RLFCE, establece que una vez concluida la investigación, se deberá emitir el acuerdo de conclusión de la misma dentro de los cinco días siguientes a que dicho plazo fenezca, lo cual implica que esos cinco días si bien no permiten realizar actuaciones relacionadas directamente con la tarea de investigación, es evidente que sí implican la posibilidad de realizar actuaciones como acordar la presentación de información y documentos que se haya recibido por parte de los agentes económicos con interés el día de conclusión del plazo de investigación (que efectivamente fue el veintitrés de septiembre de dos mil ocho), lo cual puede ser realizado hasta las veinticuatro horas del día del vencimiento⁵¹ y que, atendiendo al sentido común, sería imposible que dichas actuaciones sean ilegales en virtud de que, en todo caso, se encontrarían realizadas conforme a lo que establece la legislación en materia de competencia⁵² y, en ese sentido, son incorrectos los argumentos vertidos al efecto.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, mismas que fueron debidamente abordadas en la Resolución Definitiva como ha quedado evidenciado en párrafos anteriores; llama la atención que en este apartado Telcel únicamente agregó diversas manifestaciones relativas al principio de legalidad sin que el Recurrente aportara elemento alguno o acreditara de qué manera la Comisión transgredió ese principio en su perjuicio ni

⁵⁰ Páginas 60 a 61 de la Resolución Definitiva.

⁵¹ El artículo 4 del RLFCE, establece: “Las promociones y documentos deben presentarse únicamente en la oficialía de partes de la Comisión dentro del calendario y horario que publique la Comisión. Se pueden presentar promociones en el día de su vencimiento después de concluido el horario en que la oficialía de partes debe recibir documentos, por transmisión facsimilar o electrónica, a las direcciones de correo electrónico o teléfonos que para tal efecto publique la Comisión.”

⁵² El artículo 34 bis de la LFCE, dispone: “Cuando los plazos fijados por esta Ley y su Reglamento sean en días, éstos se entenderán como hábiles. Respecto de los establecidos en meses o años, el cómputo se hará de fecha a fecha, considerando incluso los días inhábiles. Cuando no se especifique plazo, se entenderán cinco días para cualquier actuación”.

tampoco precisa qué actuaciones fueron emitidas fuera de plazo y por tanto deben ser nulas. En tal sentido, dichos argumentos también son inoperantes por ser manifestaciones genéricas que no justifican la transgresión y que no desvirtúan de manera alguna lo determinado en la Resolución Definitiva en este respecto.

Se reitera que el Recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la Resolución Definitiva para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución recurrida.

III.1.12 Indebida tramitación y continuación del procedimiento.

Telcel señala que fue ilegal emitir resolución definitiva en este procedimiento antes de que se emitiera resolución en el procedimiento DC-007-2007.

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

Asimismo, que el caso que nos ocupa cumple con el supuesto invocado por las razones expuestas por Telcel particularmente en los escritos de once de diciembre de dos mil ocho y tres de noviembre de dos mil nueve, que solicitó se tuvieran por reproducidas.

Que el simple hecho de no haber suspendido o cerrado el procedimiento constituye una violación procesal colocando a Telcel en estado de indefensión.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por reiterativos, toda vez que el Recurrente simplemente se limitó a replicar textualmente o parafrasear los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones⁵³ y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de ellos. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral “III.1.2 Suspensión del Procedimiento”⁵⁴ debidamente relacionados en el numeral “VI.1.10 Indebida tramitación y continuación del procedimiento”,⁵⁵ de la Resolución Definitiva y que en específico señalaron lo siguiente:

Las manifestaciones de Telcel en el sentido de que procede la suspensión del Expediente porque se actualiza el supuesto del artículo 366 del CFPC, hasta en tanto se emita la resolución correspondiente dentro del expediente DC-007-2007, al existir relación en la materia entre dichos expedientes, son incorrectas por lo siguiente:

⁵³ Páginas 53 y 54 del Escrito de Manifestaciones.

⁵⁴ Páginas 13 a 23 de la Resolución Definitiva.

⁵⁵ Página 62 de la Resolución Definitiva.

- Si bien es cierto que la naturaleza del Expediente es la misma respecto del que se encuentra radicado en el expediente DC-007-2007, -determinación de existencia de condiciones de poder sustancial-, dichos procedimientos se refieren a un mercado relevante específico y distinto uno del otro. El primero corresponde a los mercados relevantes de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, relativos a la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil; y por otro lado, el segundo se refiere al mercado relevante del servicio de telefonía móvil a nivel nacional, referente al servicio de voz y datos que permite la radiocomunicación entre usuarios finales. En consecuencia, no se actualiza el supuesto previsto el artículo 366 del CFPC.
- Toda vez que los mercados relevantes a que se refieren los multicitados procedimientos son distintos, la resolución que se emita dentro de los mismos no requiere que alguna de ellas sea emitida en preeminencia respecto de otra, siendo que los efectos de ambas resoluciones serían, en todo caso, en mercados distintos y, por ende, el pronunciamiento en dichos asuntos es independiente uno del otro.

III..1.13. Indebido desechamiento de pruebas.

III..1.13.1 Acuerdo de cinco de febrero de dos mil nueve.

Que el ofrecimiento de la prueba instrumental ofrecida por Telcel en el escrito de once de diciembre de dos mil ocho cumplió con los requisitos para ser admitida y desahogada, no obstante se desechó por ociosa bajo el argumento de que *“no se utilizó información o datos provenientes de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)”*. Sin embargo, la CFC confiesa lo contrario en el Dictamen (párrafo 137) en el que se hizo referencia a esa información y que en el acuerdo de cinco de febrero de dos mil nueve se estableció *“se hace una referencia al lugar que ocupa el margen del índice UAFIRDA de Telcel, con respecto a otros operadores de redes públicas de telecomunicaciones en la República Mexicana, e incluso, respecto a otras empresas operadoras de países que integran la OCDE...”*.

Que la CFC utilizó información proveniente de la OCDE a lo largo del procedimiento, en particular, de la supuesta posición que ocupa Telcel en el índice UAFIRDA. Entonces, la prueba desechada indebidamente tenía relación con la litis y debió ser admitida y desahogada.

Que es falso que el derecho extranjero no deba ser considerado como prueba en procedimientos como el que nos ocupa, máxime si se trata de evaluar condiciones de competencia en mercados donde la influencia de elementos extranjeros es imprescindible e ineludible.

Que el artículo 86 bis del CFPC establece que el derecho extranjero sí es susceptible de aplicación y valoración por los tribunales mexicanos cuando sea ofrecido como prueba en algún procedimiento y, por tanto, la falta de fundamentación y motivación al desechar las pruebas es evidente.

El desechamiento ilegal de dicha prueba causó agravio a Telcel, pues ilegalmente se le vulneró su derecho de defensa y se le impidió probar sus afirmaciones, cuestiones que trascendieron al fallo definitivo.

Sus argumentos son infundados en parte e inoperantes en otra, como se explica a continuación.

En primer lugar, el Recurrente pretende sacar de contexto lo determinado en el párrafo 137 del Dictamen y a su vez, en el acuerdo de cinco de febrero de dos mil nueve emitido en el Expediente.

En el párrafo 137 del Dictamen (página 252 de la Resolución Definitiva) se estableció:

“V.2.5. Utilidades

137. Las utilidades de Telcel son altas respecto al resto de los operadores en México así como de operadores en otros países. En 2007, la utilidad antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (UAFIRDA⁵⁶) como proporción de los ingresos fue de “CONFIDENCIAL POR LEY” por ciento para Telcel, “CONFIDENCIAL POR LEY” para Nextel, “CONFIDENCIAL POR LEY” para Iusacell y “CONFIDENCIAL POR LEY” para Telefónica.⁵⁷ El margen de UAFIRDA de Telcel se ubica como el “CONFIDENCIAL POR LEY” respecto a 80 operadores de distintos países de la OCDE de los cuales se tiene información.⁵⁸ Asimismo, “CONFIDENCIAL POR LEY” entre 25 operadores de telefonía móvil de Latinoamérica, incluyendo 5 subsidiarias de América Móvil, la compañía controladora de Telcel.⁵⁹”

De la simple lectura a la transcripción realizada se observa que, si bien es cierto que en ese párrafo se menciona que el margen de UAFIRDA de Telcel se ubica como el “CONFIDENCIAL POR LEY” respecto a operadores de distintos países de la OCDE, no hay referencia alguna que señale que dicha información fue obtenida precisamente de la OCDE, toda vez que en ningún momento esa información fue provista por dicho organismo, en virtud de que en el pie de página se indica “Ver Anexo 5”, y dicho anexo señala como fuente de esa información a Merrill Lynch, Global Wireless Matrix 2007. En consecuencia, no existe “confesión” alguna que sugiera la utilización de información y datos provenientes de la OCDE.

⁵⁶ La utilidad antes de intereses, impuestos sobre la renta, depreciación y amortización (UAFIRDA), es un indicador financiero utilizado como sucedáneo de la capacidad de generación de efectivo de una empresa, que es particularmente útil para comparar empresas que operan en mercados sujetos a altos montos de inversión fija.

⁵⁷ Información de Global Wireless Matrix 4Q07.

⁵⁸ Ver Anexo 5.

⁵⁹ Ver Anexo 6.

Luego entonces, es falso que la Comisión haya utilizado información proveniente de la OCDE a través del Expediente y, en ese sentido, su argumento es infundado.

En segundo lugar, es igualmente infundado por lo siguiente:

Mediante escrito de once de diciembre de dos mil ocho, Telcel ofreció la prueba instrumental, "consistente en el informe que rinda la OCDE (...) en relación al inciso 137 del Dictamen Preliminar, en el que indique: 1.- ¿Cuál es el margen de UAFIRDA de los operadores de los países miembros? 2.- ¿En qué lugar se encuentra Telcel respecto de todos los operadores de los países miembros? Con esta prueba se acreditará que son falsos los argumentos y las apreciaciones de la Cofeco respecto del lugar que ocupa Telcel respecto de los operadores de los países miembros de la OCDE, en especial, el párrafo 137 del Dictamen Preliminar (...)"

Asimismo, en el acuerdo de cinco de febrero de dos mil nueve emitido en el Expediente mediante el cual se proveyó sobre la admisión y desechamiento de diversas pruebas presentadas por Telcel (entre ellas la prueba instrumental señalada en el párrafo anterior), se determinó lo siguiente:

"(...) Respecto de las referidas pruebas ofrecidas dentro del presente asunto, se acuerda lo siguiente:

PRIMERO.- Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 55, fracción V, último párrafo del RLFCE, se desecha por ociosa, la prueba ofrecida con el número 27, transcrita anteriormente. Lo anterior es así, en virtud de que en el párrafo 137 del dictamen preliminar emitido dentro del presente expediente, y que su representada relaciona a la prueba ofrecida, no se utilizó información o datos provenientes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En dicho párrafo se hace referencia al lugar que ocupa el margen de índice UAFIRDA de Telcel, con respecto a otros operadores de redes públicas de telecomunicaciones en la República Mexicana, e incluso, respecto a empresas operadoras de países que integran la OCDE, situación que es distinta a que la Comisión haya utilizado datos o información de dicho organismo. Las cifras utilizadas provienen de información allegada al expediente dentro del procedimiento (...), tomando en consideración la fracción I del artículo 13, de la Ley Federal de Competencia Económica; en tal virtud, el dictamen preliminar no se emitió utilizando información proveniente de organismos extranjeros ni "con base en legislaciones y mercados extranjeros", para determinar el poder sustancial señalado en dicho dictamen. En este contexto, la prueba ofrecida de su parte es ociosa, tomando en consideración que no es elemento vinculante o que forme parte de la legislación mexicana en materia de competencia económica, y por tanto, no debe ser tomado en consideración en el análisis de poder sustancial realizado en el dictamen preliminar, y en este sentido, la prueba ofrecida tampoco guarda relación con los hechos materia del procedimiento. (...)" (Énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 86 bis del CFPC establece que "El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero. (...)" (Énfasis añadido)

Cabe destacar que, para determinar el poder sustancial de un agente económico en un determinado mercado relevante, se debe atender única y estrictamente a lo dispuesto por el artículo 13 de la LFCE y sus correlativos del RLFCE. De tal suerte que, si la definición del mercado relevante conforme al artículo 12 de la LFCE determinó que la dimensión geográfica es nacional, sería incongruente y ocioso utilizar datos e información referentes a un mercado extranjero para definir el poder sustancial de un agente económico en un mercado que únicamente comprende los estados de la República Mexicana.

En ese sentido, el derecho extranjero y el informe de la OCDE que Telcel pretendía ofrecer como prueba resultaba inaplicable, pues no tiene relación alguna con el Expediente.

Es así que resulta falso y, por lo tanto, **infundado** que la prueba ofrecida por Telcel haya estado relacionada con la *litis*, ya que el Recurrente no puede pretender que una simple mención del organismo de la OCDE en un párrafo del Dictamen -que claramente hace referencia a diversa información obtenida por la Comisión- sea suficiente para relacionar la prueba que pretendía ofrecer.

En consecuencia, ningún perjuicio pudo haberle causado a Telcel el desechamiento de la prueba referida en virtud que el acuerdo de desechamiento estuvo debidamente acreditado.

Por otro lado, es **inoperante** el argumento que señala que la prueba referida debía ser admitida toda vez que el Expediente pretende evaluar condiciones de competencia en mercados donde la influencia de elementos extranjeros es imprescindible e ineludible, en virtud de que el Recurrente omite señalar cuál es la relevancia y qué tan imprescindible es la presencia de supuestos elementos extranjeros que tampoco define.

Finalmente, el argumento es también **inoperante** por no ser patente la trascendencia de la supuesta violación procesal en el dictado de la Resolución Definitiva. En este sentido, el Recurrente no menciona de forma precisa la relación que guarda dicha prueba con la materia y hechos analizados en la Resolución Definitiva, se limita a señalar de manera general que dicha prueba acreditaría que no tiene poder sustancial sin aportar algún otro elemento más que su propio dicho. Adicionalmente, tampoco indica cómo el sentido de la Resolución Definitiva se vería modificado en su beneficio con la admisión de la prueba referida.

III..1.13.2 Acuerdo de doce de febrero de dos mil nueve.

Por acuerdo de doce de febrero de dos mil nueve se desecharon por ociosas las pruebas confesionales ofrecidas por Telcel (apartados 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 29 y 21 del capítulo de su escrito).

Que el desechamiento ilegal de dichas pruebas causó agravio a Telcel pues ilegalmente se vulneró su derecho de defensa y se le impidió probar sus afirmaciones, cuestiones que trascendieron al fallo definitivo, no obstante que las pruebas ofrecidas cumplieron con los requisitos aplicables.

Además, el desechamiento de esas pruebas ocasionó que Telcel se viera imposibilitada para acreditar que no tiene poder sustancial en el mercado que se trata, o que, cuando menos, la determinación de la CFC no estaba ajustada a los alcances de la Ley.

Telcel manifestó con precisión y claridad qué hechos se relacionaban con qué pruebas confesionales y, por lo tanto, debían ser admitidas. En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada para que se reponga el procedimiento y se dicte otra en la que se admitan los medios de convicción señalados.

Los argumentos tendientes a acreditar que el desechamiento de las pruebas confesionales (identificadas con los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de su escrito de manifestaciones)⁶⁰ es ilegal, resultan **inoperantes** por los motivos siguientes:

En primer lugar, el argumento es **inoperante** por no ser patente la trascendencia de la supuesta violación procesal en el dictado de la Resolución Definitiva. En este sentido, el Recurrente no menciona de forma precisa la relación que guardan dichas pruebas con la materia y hechos analizados en la Resolución Definitiva, se limita a señalar de manera general que dichas pruebas acreditarían que no tiene poder sustancial sin aportar algún otro elemento más que su propio dicho. Adicionalmente, tampoco indica cómo el sentido de la Resolución Definitiva se vería modificado en su beneficio con la admisión de las pruebas referidas.

Mediante acuerdo de veintiuno de enero de dos mil nueve, la Comisión **previno** a Telcel a efecto de que *“señale el hecho o hechos que se pretenden demostrar con las pruebas confesionales anteriores, señalando puntualmente el argumento relacionado en sus manifestaciones para lo anterior, así como el establecido en el dictamen preliminar al respecto, toda vez que en su escrito de manifestaciones mediante el cual ofrece las indicadas probanzas, únicamente relaciona lo anterior de forma general, con respecto a todas las afirmaciones de su escrito y del dictamen preliminar.- Se **apercebe** a la promovente que, en caso de no desahogar debidamente la prevención de mérito, esta Comisión desechará el medio de prueba ofrecido. (...)*”

No obstante que Telcel desahogó en tiempo la prevención señalada, las pruebas confesionales ofrecidas por dicho agente económico fueron desechadas con

⁶⁰ Folio 16164 del Expediente.

fundamento en el artículo 55, fracción V, del RLFCE⁶¹ debido a que las pruebas no tenían relación con los hechos materia del procedimiento o eran ociosas.

El Recurrente se limita a señalar que los requisitos exigidos por las normas aplicables para el ofrecimiento de pruebas fueron debidamente cubiertos, por lo que debieron ser admitidas y no desechadas como, a su decir, erróneamente sucedió. Tal argumento resulta inoperante toda vez que no expone o señala qué requisitos eran aplicables, cuáles se cumplieron en su criterio y de qué forma; además de que no señala por qué resultan idóneas para probar los extremos que señaló en su Escrito de Manifestaciones.⁶²

Asimismo, en el acuerdo de doce de febrero de dos mil nueve⁶³ se explicaron debidamente los motivos por los cuáles la Comisión determinó desechar las pruebas señaladas, como se transcribe a continuación:

⁶¹ **"Artículo 55.-** Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente: (...) V) Cuando los agentes económicos con interés manifiesten lo que a su derecho convenga y ofrezcan elementos de convicción dentro del plazo previsto para ello, se debe acordar, dentro de los siguientes diez días, prorrogables por causas debidamente justificadas, el desechamiento o admisión de pruebas y se debe fijar el lugar, día y hora para su desahogo. El desahogo de las pruebas se realizará en un plazo de veinte días, prorrogables, contados a partir de su admisión. Se desecharán las pruebas que no sean ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con los hechos materia del procedimiento o sean ociosas, y (...)"

⁶² Sirve de apoyo a lo anterior, los siguientes criterios judiciales: **"COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. EL JUEZ DE DISTRITO NO ESTÁ OBLIGADO A RECABAR ACTAS DE SESIÓN, DICTÁMENES, OPINIONES, INFORMES Y ESTUDIOS ELABORADOS POR SUS DIRECCIONES GENERALES DE ASUNTOS JURÍDICOS Y ESTUDIOS ECONÓMICOS, CUANDO CAREZCAN DE IDONEIDAD PARA EL FIN PROPUESTO.** El artículo 150 de la Ley de Amparo establece que en el amparo debe admitirse cualquier medio de prueba que esté reconocido por la ley, a excepción de la confesional y de las que fueren contra la moral o el derecho. Sin embargo, el derecho del quejoso para ofrecer pruebas, que deriva de tal precepto, no es irrestricto sino que está condicionado por el principio de idoneidad de la prueba previsto por el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la citada ley, conforme a su artículo 2o., que consiste en que la prueba ofrecida tenga relación con los hechos controvertidos principio al que debe sujetarse el Juez de Distrito al recabar los documentos que estime pertinentes sea a petición de parte o de oficio. En congruencia con lo anterior, cuando se ofrecen como prueba documentos o copias de actas de sesión de la Comisión Federal de Competencia Económica, o dictámenes, opiniones, informes y estudios elaborados por sus Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos y Estudios Económicos a que aluden los artículos 15, 26, fracción III, 28, fracción IV, y 29, fracción II, del Reglamento Interior de dicha Comisión, el juzgador no está obligado a recabarlos si es patente que no guardan relación con los hechos controvertidos." Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Septiembre de 2003; Pág. 355. 2a./J. 76/2003, Registro: 183,333. (Énfasis añadido)

"PRUEBAS, SU ADMISION NO SOLO ESTA SUJETA A QUE NO SEA CONTRA LA MORAL NI AL DERECHO, SINO A QUE SEA IDONEA PARA JUSTIFICAR ALGUN HECHO. El artículo 776 de la Ley Federal del Trabajo, señala que son admisibles todos los medios de prueba y, por ende, la prueba confesional es un medio probatorio susceptible de ser admitido por no ser ni contrario a la moral ni al derecho; sin embargo, ello no significa que en todos los casos deba ser admitida, supuesto que ha de atenderse a lo que con tal probanza pretenda acreditarse, a fin de que pueda o no procederse en los términos previstos por el artículo 779 de la ley laboral, es decir, que el desechamiento de una prueba no siempre se da en relación a la falta de requisitos legales y/o formales con que son ofrecidas, sino también a que, lo que con ella pretenda probarse sea o no el medio adecuado." Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Abril de 1991; Pág. 115. I.3o.T. J/29, Registro: 223,130.

⁶³ Folios 16164 a 16167 del Expediente.

“(…) Con fundamento en los artículos 55, fracción V, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE), y 79, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles aplicado de manera supletoria de conformidad con el artículo 34 bis de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), se desechan las pruebas confesionales ofrecidas por su representada con los numerales 2 a 21 de su escrito presentado el once de diciembre del año próximo pasado, en virtud de que las mismas no se encuentran relacionadas con hechos controvertidos en el dictamen preliminar, y en este sentido, son ociosas.- Lo anterior es así, por las siguientes razones:

i) Telcel ofreció la prueba confesional de veinte empresas a las que señala son “parte” en el procedimiento, para ser desahogadas por conducto de sus representantes legales con facultades para absolver posiciones, relacionándolas con “... todas y cada una de las afirmaciones que se contienen en este escrito y en el Dictamen Preliminar, particularmente por cuanto a las tarifas “on net” y “off net”. Así, la oferente señaló en la prueba confesional ofrecida con el número 2, a cargo de la empresa Baja Celular Mexicana S.A. de C.V., y a diferencia de las ofrecidas para las demás empresas, que con la misma “... se acreditará, **entre otras cosas**, que dicha persona moral distingue en sus planes tarifarios por destino y que emplea las modalidades de prepago y postpago” (énfasis añadido); por otro lado, y respecto de las demás confesionales a cargo de las diecinueve restantes empresas, indicó que “... se acreditará, **entre otras cosas**, que dicha persona moral distingue entre sus tarifas “on net” y “off net” (énfasis añadido).-

(...) iii) la oferente manifestó (...) que las pruebas, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20 y 21, se relacionaban con: “Todas y cada una de las afirmaciones y argumentos que se contienen en el escrito mediante el cual Telcel formuló manifestaciones y ofreció pruebas en relación al Dictamen Preliminar de 28 de octubre de 2008, es decir con los argumentos y defensas de Telcel siguientes: Cierre del expediente DC-08-2007; suspensión del procedimiento; Improcedencia de la Denuncia; Falta de Jurisdicción y Competencia ad hoc; La falta de investigación y análisis independiente e imparcial; La falta de sustento fáctico y probatorio del Dictamen Preliminar respecto de Telcel; la imposibilidad jurídica de que se emita una declaración de dominancia en perjuicio de quien actúa en cumplimiento de sus concesiones y obligaciones regulatorias; falta de fundamentación y motivación del Dictamen Preliminar; la indebida definición y clasificación del supuesto mercado relevante y del poder sustancial, aspectos formales; y, señaladamente, **la indebida definición del mercado relevante y poder sustancial en términos técnicos y económicos** (sic). - - - **Todo lo establecido en el propio Dictamen Preliminar** (...)”

Por otro lado, y con relación a las confesionales ofrecidas con los números 3, 17, 18 y 19, a cargo de las empresas Inversiones Nextel de México, S.A. de C.V., NII Telecom, S. de R.L. de C.V., Delta Comunicaciones Digitales, S.A. de C.V., y Servicios de Radiocomunicación Móvil de México, S.A. de C.V., señaló en lo general el mismo argumento anterior, únicamente omitiendo la relación con las manifestaciones relativas a la modalidad de prepago y postpago.

De lo anterior se advierte que **Telcel no explicó por qué relaciona las pruebas confesionales ofrecidas**, con todos los apartados que agregó con respecto al escrito por el cual ofreció manifestaciones y pruebas, y del dictamen preliminar, ya

que se limitó a señalar los apartados, capítulos, o temas en general que se "relacionan" con la prueba, sin que justifique la relación directa o nexa causal entre la prueba y el argumento correspondiente.-

iv) Las pruebas confesionales indicadas con los numerales anteriores, son ociosas, tomando en consideración que lo que se pretende demostrar, de acuerdo con la oferente, es que "entre otras cosas", sin precisar cuáles serán las demás "cosas", que las diversas empresas concesionarias a que se refiere en sus escritos distinguen en sus planes tarifarios por destino (lo anterior únicamente para las empresas Inversiones Nextel de México, S.A. de C.V., NII Telecom, S. de R.L. de C.V., Delta Comunicaciones Digitales, S.A. de C.V., y Servicios de Radiocomunicación Móvil de México, S.A. de C.V.), o entre sus tarifas "on net" y "off net", y que emplean la modalidad de prepago y postpago (respecto de las demás empresas).-

En primer lugar, la situación de que las diversas empresas concesionarias de redes públicas de telecomunicaciones que ofrecieron información dentro de la investigación correspondiente, empleen las figuras o modalidades de prepago y postpago al ofrecer sus servicios de telefonía móvil, no es un hecho controvertido, toda vez que en el numeral 55 del correspondiente dictamen preliminar, se estableció que "... los concesionarios suelen ofrecer los servicios de voz y mensajes a través de sus diversos productos o planes para dos grandes grupos de usuarios: postpago y prepago. (Véase Anexo 2). Dicho Anexo dos, que forma parte integrante del dictamen preliminar (...) advierte que todos los concesionarios a que se refiere el oferente de la prueba, ofrecen planes tarifarios a sus clientes en ambos rubros: prepago y postpago. Por tanto, la pretensión de Telcel de demostrar que las empresas emplean la modalidad de prepago y postpago, no es un hecho controvertido, y por tanto, son ociosas las pruebas confesionales multicitadas. (...) Lo anterior, con la salvedad de las empresas Inversiones Nextel de México, S.A. de C.V., NII Telecom, S. de R.L. de C.V., Delta Comunicaciones Digitales, S.A. de C.V., y Servicios de Radiocomunicación Móvil de México, S.A. de C.V., quienes de acuerdo a la información indicada en el Anexo 2, proporcionan únicamente servicios de postpago, y que la oferente de la prueba no indica en su escrito de desahogo que sea un hecho controvertido que pretenda demostrar con las pruebas de mérito.-

En segundo lugar, el hecho de que las diversas empresas distinguen entre sus planes tarifarios por destino, o entre sus tarifas "on net" y "off net", tampoco son hechos controvertidos, y en ese sentido, son ociosas las pruebas señaladas con los numerales anteriormente referidos para tal efecto. Lo anterior es así, toda vez que se conforma con el anteriormente citado Anexo 2, (...) se advierte que las empresas concesionarias y operadoras del servicio de telefonía móvil, establecen tarifas diferenciadas en los servicios que prestan (prepago y postpago), de acuerdo a si la llamada es "on net" y/o "off net", y lo anterior fue analizado en el dictamen preliminar en el numeral 146 (...) lo cual demuestra que la pretensión de la oferente con las pruebas confesionales de mérito no son hechos controvertidos, y en ese sentido, son ociosas, por lo que es dable el desechamiento de las mismas. (...)” (Énfasis añadido)

No obstante la transcripción anterior, llama la atención el hecho de que en este apartado de su Escrito del Recurso, Telcel simplemente reitera textualmente o

parafrasea los argumentos señalados en el escrito de desahogo a la prevención presentado ante la oficialía de partes de la CFC el seis de febrero de dos mil nueve, incurriendo precisamente en las omisiones por las cuáles se desecharon las confesionales referidas en el acuerdo de doce de febrero de dos mil nueve.

En consecuencia, sus argumentos son inoperantes por reiterativos, al no controvertir de manera alguna la trascendencia del acuerdo de desechamiento de doce de febrero de dos mil nueve en la emisión de la Resolución Definitiva.

Por lo anterior, Telcel no puede argumentar que se le privó de algún derecho o se le dejó en estado de indefensión, y en tal sentido, ha quedado debidamente acreditado que el desechamiento de sus pruebas fue legal.

III.1.13.3 Acuerdo de diecinueve de febrero de dos mil nueve

En alcance al escrito de once de diciembre de dos mil ocho, Telcel mediante escrito de quince de diciembre de ese año, ofreció pruebas adicionales (tres reconocimientos y ratificación de firmas) y fueron desechadas por ociosas.

El desechamiento fue ilegal y causó agravio a Telcel pues se le vulneró su derecho de defensa y se le impidió probar sus afirmaciones, cuestiones que trascendieron al fallo definitivo. Además, Telcel se vio imposibilitada para acreditar que no tiene poder sustancial en el mercado de que se trata o que, cuando menos, la determinación que pretendía hacer la CFC no estaba ajustada a los alcances de la ley.

En primer lugar, el argumento es inoperante por no ser patente la trascendencia de la supuesta violación procesal en el dictado de la Resolución Definitiva. En este sentido, el Recurrente no menciona de forma precisa la relación que guardan dichas pruebas con la materia y hechos analizados en la Resolución Definitiva, se limita a señalar de manera general que dichas pruebas acreditarían que no tiene poder sustancial sin aportar algún otro elemento más que su propio dicho. Adicionalmente, tampoco indica cómo el sentido de la Resolución Definitiva se vería modificado en su beneficio con la admisión de las pruebas referidas.

Además, el Recurrente se limita a hacer manifestaciones genéricas sin que al efecto ofrezca un solo argumento que indique por qué las pruebas ofrecidas fueron ilegalmente desechadas y debían haber sido admitidas, limitándose a señalar que su desechamiento fue injustificado e ilegal y, por tanto, que se vulneraron sus derechos de defensa.

También alega que se vio imposibilitada para acreditar que no tiene poder sustancial o que la determinación de la CFC no estaba ajustada a los alcances de la Ley; sin embargo, el objeto de la prueba ofrecida, tal y como se verá a continuación, no

consistía en demostrar esos extremos, sino otros diversos y, en ese sentido, deviene igualmente en inoperante.⁶⁴

Contrario a lo expresado de manera general por el Recurrente, en el acuerdo de diecinueve de febrero de dos mil nueve, la Comisión determinó:

"(...) Por otro lado, y con respecto al escrito entregado ante la presente autoridad por la empresa Telcel el quince de diciembre del año próximo pasado, se advierte que en el mismo ofreció las siguientes pruebas: "1(31).- EL RECONOCIMIENTO Y LA RATIFICACIÓN DE FIRMA, a cargo del señor "CONFIDENCIAL POR LEY" respecto de la firma que obra al calce del escrito de 22 de noviembre de 2007, presentado ante esta Comisión al día siguiente, mediante el cual solicitó el inicio de este procedimiento. Relaciono esta prueba con las manifestaciones que se contienen en las cuestiones de previo y especial pronunciamiento así como en los numerales I, II, III (designada bajo el número IV en el escrito de 11 de diciembre a página 60), y demás del escrito de 11 de diciembre de 2008 y con el capítulo de antecedentes del Dictamen Preliminar. Con esta prueba se acreditará la procedencia de los argumentos de defensa expuestos por mi mandante, particularmente que el expediente debe cerrarse, que el solicitante carece de legitimación activa en la causa y que, en todo caso, el procedimiento carece de causa eficiente y de causa final. (énfasis añadido). - - - 2(32).- EL RECONOCIMIENTO Y LA RATIFICACIÓN DE FIRMA, a cargo del señor "CONFIDENCIAL POR LEY" respecto de la firma que obra al calce del escrito presentado ante esta Comisión mediante el cual solicitó el inicio del procedimiento administrativo al que le correspondió el expediente DC-006-2007. Relaciono esta prueba con las manifestaciones que se contienen en las cuestiones de previo y especial pronunciamiento así como en los numerales I, II, III (designada bajo el número IV en el escrito de 11 de diciembre a página 60), y además del escrito de 11 de diciembre de 2008 y con el capítulo de antecedentes del Dictamen Preliminar. Con esta prueba se acreditará la procedencia de los argumentos de defensa expuestos por mi mandante, particularmente que el expediente debe cerrarse, que el solicitante carece de legitimación activa en la causa y que, en todo caso, el procedimiento carece de causa eficiente y de causa final. (énfasis añadido).

3(33).- EL RECONOCIMIENTO Y LA RATIFICACIÓN DE FIRMA, a cargo del señor "CONFIDENCIAL POR LEY" respecto de la firma que obra al calce del escrito presentado ante esta Comisión mediante el cual interpuso recurso de reconsideración en contra del auto de 30 de noviembre de 2007 dictado en este expediente DC-08-2007, al que en términos de lo que se menciona en el Dictamen Preliminar le correspondió el expediente número RA-037-2007. - - - Relaciono esta prueba con las manifestaciones que se contienen en las cuestiones de previo y especial pronunciamiento así como en los numerales I, II, III (designada bajo el número IV en el escrito de 11 de diciembre a página 60), y demás del escrito de 11 de diciembre de 2008 y con el capítulo de antecedentes del Dictamen Preliminar.

⁶⁴ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: "**CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA.** Procede declarar inoperante el concepto de violación, en el que se consigna inexactamente que determinada prueba fue ofrecida para evidenciar extremos específicos, cuando de autos se advierte que lo fue para demostrar diversos objetivos." Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Enero de 1991; Pág. 185, Registro: 223,769.

Con esta prueba se acreditará la procedencia de los argumentos de defensa expuestos por mi mandante, particularmente que el expediente debe cerrarse, que el solicitante carece de legitimación activa en la causa y que, en todo caso, el procedimiento carece de causa eficiente y de causa final. (Énfasis añadido).
(...)

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 55, fracción V, último párrafo del RLFCE conforme al artículo 34 bis de la LFCE, se desechan por ociosas, las pruebas (sic) ofrecidas con los números números (sic) 1(31), 2(32) y 3(33), del escrito presentado el quince del mes y año antes citados.- Lo anterior es así, por las razones siguientes: Telcel indica, de manera general, que las pruebas en comento acreditarán "... la procedencia de los argumentos de defensa expuestos por mi mandante, particularmente que el expediente debe cerrarse, que el solicitante carece de legitimación activa en la causa y que, en todo caso, el procedimiento carece de causa eficiente y de causa final." (Énfasis añadido). Respecto a las mismas, fueron relacionadas con diversas manifestaciones relativas a cuestiones de previo y especial pronunciamiento, particularmente las vertidas en su escrito a fojas 60, bajo el título "De la improcedencia de la solicitud o denuncia que dio inicio al procedimiento", y en donde, esencialmente, manifiesta que el presente procedimiento es improcedente porque la solicitud que le dio inicio, no proviene de la autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones, y que sería la única legitimada para hacerlo.- De conformidad con los alcances pretendidos por la oferente de las multicitadas pruebas de reconocimiento y ratificación de firma, no es dable admitirlas en virtud de que la naturaleza de éstas lo es demostrar que una firma estampada en diverso documento es auténtica. Ahora bien, los alcances pretendidos por la oferente con las pruebas indicadas, no van encaminados a demostrar la autenticidad de las firmas del solicitante "CONFIDENCIAL POR LEY" en diversos documentos, sino que se refieren a demostrar que el citado individuo solicitante, no tiene legitimación activa para solicitar el inicio del procedimiento en que se actúa, en virtud de que considera que la única legitimada para hacerlo es la autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones, cuestión que no tiene vinculación o nexo causal con la naturaleza de las pruebas en cuestión.- En tal virtud, dichas pruebas son ociosas, y en consecuencia, es legal desecharlas.- (...)"(Énfasis añadido)

Derivado de la transcripción realizada del acuerdo de diecinueve de febrero de dos mil nueve, se observa que el desechamiento de las pruebas aludidas fue fundado y motivado, ya que se consideró que no existía de nexo causal alguno entre la naturaleza de las pruebas ofrecidas y los extremos que Telcel pretendía probar y, en consecuencia, era ocioso admitirlas.⁶⁵

⁶⁵ Sirve de apoyo a lo anterior, los siguientes criterios judiciales: **"PRUEBAS, SU ADMISION NO SOLO ESTA SUJETA A QUE NO SEA CONTRA LA MORAL NI AL DERECHO, SINO A QUE SEA IDONEA PARA JUSTIFICAR ALGUN HECHO."** Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Abril de 1991; Pág. 115. I.3o.T. J/29, Registro: 223,130; y **"TESTIMONIAL Y RATIFICACIÓN DE UN DOCUMENTO EN MATERIA LABORAL. SON PRUEBAS INDEPENDIENTES QUE DEBEN OFRECERSE Y DESAHOGARSE POR SEPARADO.** La prueba testimonial tiene por objeto que una persona declare sobre hechos y circunstancias de terceros que sabe y le constan, por haber tenido conocimiento de ellos a través de sus sentidos y que son necesarios exponer

Las anteriores razones no fueron desvirtuadas por Telcel ni tampoco combatió la trascendencia que este acuerdo hubiera tenido en su favor en la emisión de la Resolución Definitiva, de haber probado sus pretensiones; de ahí la inoperancia de sus agravios.

III..1.13.4 Acuerdo de cinco de marzo de dos mil nueve.

Las pruebas de inspección ofrecidas por Telcel fueron desechadas porque “*no son idóneas para demostrar lo pretendido, y en este sentido, son ociosas*”.

Que la decisión sobre la idoneidad de la prueba no es materia del auto que debe admitirla a trámite o desecharla, sino de la valoración que de ella se haga al momento de resolver, pues no será hasta ese momento en que el juzgador pueda apreciar si la materia de la prueba es o no adecuada para probar los hechos con los que se le relacionó.

Que es incongruente e ilegal que Telcel debiera de haber ofrecido esas pruebas como documentales ni que debiera haber solicitado copia de las constancias en procedimientos en que no era parte.

Los argumentos de Telcel resultan infundadas toda vez que no controvierten de forma suficiente y eficaz las consideraciones determinadas por la CFC en el acuerdo de cinco de marzo de dos mil nueve, por medio del cual se desecharon dos pruebas de inspección⁶⁶ ofrecidas por Telcel.

ante la autoridad para que sean valorados al momento de pronunciar el laudo, mientras que la ratificación de un documento consiste en el reconocimiento del contenido y firma de quienes lo suscriben; entonces, ambos medios de convicción tienen naturaleza y objetos diversos, por lo que requieren ser ofrecidos y desahogados en forma separada. Por ello, no es posible que dentro del desahogo de la testimonial se lleve a cabo la ratificación de los signantes de un documento.” Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; Pág. 829. XVII.3o.10 L, Registro: 185,301.

⁶⁶ “(...) **23.- LA PRUEBA DE INSPECCIÓN**, a efecto de tomar copia fotostática de lo actuado en los expedientes DC-02-2007, DC-03-2007, DC-04-2007, DC-05-2007, DC-06-2007, DC-07-2007, CNT-118-2004, LI-10(02)-2004, RA-37-2007 y DE-37-2006 tramitados ante la Cofeco, con objeto de que obre dicha constancia en el expediente en que se actúa. --- Con esta prueba se pretende que efectivamente obren en autos y mi mandante tenga acceso a y conocimiento de las partes de tales expedientes que han sido invocados en el Dictamen Preliminar, en el auto de inicio del procedimiento, en el auto de 30 de noviembre de 2007 y en el resto de actuaciones procesales. - - - En preparación de esta prueba, pido se señale día y hora para que se lleve a cabo la inspección solicitada en las propias instalaciones de esta Comisión. (...) Con ella se acreditarán los extremos de la defensa de falta de legitimación activa, las violaciones procesales alegadas y, en fin, la inexistencia o inaplicabilidad de grupo económico de interés alguno del que fuera parte mi mandante para los efectos del Artículo 3 de la LFCE. - - - **24.- LA PRUEBA DE INSPECCIÓN**, a efecto de tomar copia fotostática de lo actuado en los expedientes DC-02-2007, DC-03-2007, DC-04-2007, DC-05-2007, DC-07-2007 y LI-10(02)-2004, tramitados ante la Cofeco, con objeto de que obre dicha constancia en el expediente en que se actúa. --- Con esta prueba se pretende que obre en autos el criterio sustentado por la Cofeco para estimar que las empresas que integran grupo de interés económico deben ser consideradas como un mismo agente económico. En preparación de esta prueba, pido se señale día y hora para que se lleve a cabo la inspección solicitada en las propias instalaciones

En la parte relativa al ofrecimiento de estas pruebas en su Escrito de Manifestaciones, Telcel solicitó las pruebas de inspección con el verdadero propósito de que esta autoridad tomara copias fotostáticas de las actuaciones contenidas en los expedientes ahí indicados y las agregara al Expediente para que entonces el Recurrente pudiera tener acceso a esa información y en todo caso, acreditar los extremos que pretendía.

Cabe destacar que el hecho de que se cuente con facultades para invocar en el Dictamen y en la Resolución Definitiva información proveniente de otros expedientes tramitados ante la misma Comisión (previa certificación e incorporación fundada y motivada de dicha información), no significa que la totalidad de las actuaciones o los expedientes completos resulten relevantes o pertinentes para su integración al expediente.

Como atinadamente se describió en el acuerdo de cinco de marzo de dos mil nueve,⁶⁷ la prueba de inspección se refiere al examen o reconocimiento que un juez o una autoridad realiza de cosa litigiosa, o en su caso, de hechos que pueden ser apreciados a simple vista de aquélla, en donde el funcionario designado describirá con precisión lo inspeccionado, señalando todas aquéllas características y circunstancias que puedan formar convicción en el juzgador.⁶⁸

En ese sentido, la finalidad de la prueba de inspección, y contrario a lo pretendido por el Recurrente, no es ni puede ser el obtener copias fotostáticas de expedientes o archivos de la autoridad para integrarlas a otro expediente, pues ello equivaldría a desvirtuar la naturaleza y finalidad de la prueba. Lo anterior, de conformidad con los artículos 93, 129 a 142, 161 a 164 y 188 a 189 del CFPC, que claramente distinguen la prueba de inspección judicial o reconocimiento de otras pruebas, entre ellas las documentales públicas o privadas y las fotografías, escritos, notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

Específicamente, los medios, el objeto y el alcance que pretende Telcel con la prueba de inspección para “*tomar copia fotostática*” y “*para que efectivamente obren en autos*” las actuaciones derivadas de otros expedientes, contraviene lo señalado en los artículos 161, 163 y 164 del CFPC que a continuación se citan:

“Artículo 161. La inspección judicial puede practicarse, a petición de parte o por disposición del tribunal, con la oportuna citación, cuando pueda servir para aclarar o fijar hechos relativos a la contienda que no requieran conocimientos técnicos”

de esta Comisión. Relaciono esta prueba con lo resuelto (sic) por la Cofeco en el sentido de que mi mandante es parte de un grupo de interés económico, pues con ella se acreditará la opinión y los criterios sostenidos por esta Comisión en esos asuntos. (...)

⁶⁷ Folios 16233 a 16253 del Expediente.

⁶⁸ Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio judicial: **“INSPECCION, PRUEBA DE.** La prueba de inspección, por su naturaleza, requiere para su efectividad que el funcionario que la practique describa con precisión los documentos u objetos inspeccionados, anotando todas aquellas características y circunstancias que puedan formar convicción en el juzgador.” Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Diciembre de 1991; Pág. 115. I.2o.T. J/15, Registro: 220,963.

especiales.

(...)

Artículo 163. De la diligencia se levantará acta circunstanciada, que firmarán los que a ella concurran.

Artículo 164. A juicio del tribunal o a petición de parte, se levantarán planos o se tomarán fotografías del lugar u objetos inspeccionados.”

Así, de las disposiciones anteriormente citadas se desprende que la prueba de inspección judicial sirve para aclarar o fijar hechos, para lo cual era indispensable especificar qué hechos se pretendía en su caso aclarar o fijar. Asimismo, la prueba de inspección no alude a medios como las copias fotostáticas, sino al levantamiento de actas circunstanciadas, planos o fotografías.

Tal y como se estableció en el acuerdo referido, el desechamiento de las pruebas periciales fue procedente y Telcel debía ofrecer las pruebas señaladas como documentales con fundamento en el artículo 46, fracción I, del RLFCE, que establece:

“Artículo 46.- Las pruebas deben ofrecerse con el escrito a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley, con la expresión clara del hecho o hechos que se tratan de demostrar. Correrá a cargo del oferente realizar los actos necesarios tendientes al oportuno desahogo de las pruebas, para ello la Comisión proveerá lo conducente. Al ofrecerse las pruebas debe acompañarse, según el caso, lo siguiente:

I. Las documentales que se ofrezcan o en su caso, presentar la información suficiente que permita identificar si los documentos obran ante autoridad judicial o administrativa y comprobar, cuando sea procedente, que realizó la solicitud correspondiente para que le fuera proporcionada dicha documentación; (...)”
(Énfasis añadido)

En consecuencia, la fracción transcrita establece que, sólo de ser procedente, el oferente deberá comprobar que realizó la solicitud para que le fuera proporcionada la información que ofrece como prueba ante la autoridad correspondiente; si Telcel argumenta que no podía atender la parte final de la fracción I, del artículo 46 referido, por no ser parte de los procedimientos, no resulta claro cómo pretende probar hechos que alega desconoce.

De lo anterior se desprende que el acuerdo de cinco de marzo de dos mil nueve se emitió fundada y motivadamente para dar lugar al desechamiento de las pruebas referidas, por lo que la CFC no cometió violación procesal alguna con su emisión.⁶⁹

⁶⁹ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: **“PRUEBAS EN EL JUICIO DE AMPARO. LA FALTA DE IDONEIDAD Y PERTINENCIA IMPLICA QUE EL JUEZ DE DISTRITO NO ESTÉ OBLIGADO A RECABARLAS.** Los artículos 150 y 152 de la Ley de Amparo, así como el 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de

III.1.14 Acuerdos de veintiocho de abril y dieciocho de mayo de dos mil nueve (negativa de cierre del expediente).

Que el solicitante presentó la solicitud de desistimiento de la solicitud de inicio de procedimiento, así como de dejar de ser considerado parte en el procedimiento y en consecuencia, la Comisión debía decretar el cierre del expediente.

Con la solicitud de desistimiento, el procedimiento carece de plano de causa eficiente y de razón de ser, mientras la resolución definitiva carece de absoluta falta de sustento.

Que con el desistimiento del denunciante (sic), han quedado demostrados los extremos de las defensas hechas valer por Telcel al hacer manifestaciones en relación con el dictamen preliminar.

Que en un procedimiento administrativo iniciado y seguido a petición de parte afectada, el denunciante (sic) actuó bajo el carácter de parte afectada por la presunta situación de dominancia que imputó a Telcel y con tal carácter acudió a la CFC y presentó una denuncia.

Que no hay afectación alguna a la esfera de la denunciante (sic) ni de cualquier otro agente económico que pudiera justificar la continuación del procedimiento seguido ante la Comisión porque carece de causa eficiente y adolece de falta de parte afectada, menos aún existe justificación para que el procedimiento fuera resuelto en contra del denunciado (sic).

Que la Comisión argumentó que el procedimiento no es susceptible de concluir anticipadamente y basa su determinación en el artículo 34 del RLFCE. Que dicho precepto no impide que las autoridades nieguen el cierre del expediente ante un

aplicación supletoria a los juicios de garantías, disponen que en el juicio de amparo son admisibles toda clase de pruebas, con excepción de la de posiciones y de las que atenten contra la moral y el derecho y que, a efecto de que las partes puedan rendirlas, las autoridades están obligadas a expedir con toda oportunidad las que tengan en su poder y si no cumplen con esa obligación, a petición del interesado, el Juez de Distrito les exigirá tales medios de prueba con el único requisito de que, previo a esa petición, se hubieran solicitado directamente a los funcionarios. Sin embargo, el contenido de dichos dispositivos no debe interpretarse en el sentido de que el juzgador está obligado, en todos los casos, a recabar las pruebas ofrecidas por las partes, sino que, para su admisión, deben cumplir con los principios de pertinencia e idoneidad. Ahora bien, el primero de tales principios impone como limitación al juzgador, tanto al calificar la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas por las partes como las que traiga oficiosamente, que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos, con la finalidad de evitar, por economía procesal, diligencias innecesarias y carentes de objeto, y el segundo, regido, a su vez, por los principios de expeditez en la administración de justicia y de economía procesal, consiste en que la prueba sea el medio apropiado y adecuado para probar el hecho que se pretende demostrar, de modo que intentar recabar una prueba que no cumpla con esas exigencias provocaría una mayor dilación en el trámite del proceso en perjuicio de los justiciables y de la pronta y expedita impartición de justicia.”
Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1888. I.1o.A.14 K, Registro: 175,823.

desistimiento del denunciante (sic). Que lo único que dicho precepto establece es que la investigación debe continuar.

Que en pleno ejercicio del derecho dispositivo (del interesado en la tramitación de un expediente) el denunciante (sic) impugnó la determinación de desechamiento de la solicitud de inicio presentada el veintitrés de noviembre de dos mil siete. Dicho medio de impugnación se tramitó bajo el expediente RA-037-2007, cuya resolución (legal) revocó el auto de treinta de noviembre de dos mil siete.

Que es evidente que se quedó sin materia el procedimiento, quien se desistió de su denuncia (sic) y por ello es obvio que no existe razón alguna para que el trámite hubiere continuado.

Los argumentos de Telcel son infundados por una parte e inoperantes por otra, como se explica a continuación.

Es infundado que el Recurrente pretenda que el desistimiento del Solicitante, acordado mediante auto de veintiocho de abril de dos mil ocho,⁷⁰ sea suficiente para decretar el cierre del Expediente, basado únicamente en el argumento que se trata de una denuncia, ya que el procedimiento tramitado en el Expediente conforme al 33 bis de la LFCE es de carácter público e interés social, lo que implica que la verificación o investigación de un mercado para identificar si existen condiciones de poder sustancial en el mismo es del interés de la sociedad, en tanto que se trata de un mecanismo para que la CFC garantice la existencia de condiciones que permitan la competencia y libre concurrencia en los mercados, en beneficio último de los consumidores.

No obstante lo anterior, la aclaración respecto a la naturaleza del Expediente fue debidamente abordada en el numeral "VI.1.11. *Improcedencia de la denuncia (falta de legitimación activa)*"⁷¹ de la Resolución Definitiva como sigue:

- **El inicio del procedimiento no puede suponer una denuncia** como lo hace valer Telcel, toda vez que, suponiendo sin conceder que la solicitud de inicio del procedimiento para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante pudiera ser considerada así, ello no implicaría que, *per se*, un agente económico en particular lo detente, **ya que la resolución deriva del procedimiento de investigación que al efecto se inicie, de los elementos que dentro del mismo se alleguen al expediente por los agentes económicos que al efecto coadyuven en la misma y de los elementos que en uso de las facultades de investigación la Comisión obtenga**, además de los que, emitido el Dictamen correspondiente, presenten los agentes económicos que demuestren su interés en el asunto, y de lo

⁷⁰ Mediante dicho acuerdo únicamente se le tuvo al Solicitante por desistido del procedimiento y por perdidos los derechos procesales a que hubiere lugar.

⁷¹ Páginas 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

cual deberán acompañar los elementos de convicción que consideren convenientes. (Énfasis añadido)

En este sentido, el argumento por medio del cual el Recurrente pretende darle el tratamiento de una denuncia e incluso mencionar que se emitió un oficio de probable responsabilidad en contra de Telcel en el Expediente es infundado.

Por otra parte, Telcel expresa que esta autoridad basó su negativa a la solicitud de cierre del procedimiento únicamente en el artículo 34 del RLFCE, lo cual es falso. Al respecto, en el acuerdo impugnado claramente se establece que "(...) *con fundamento en los artículos 33 bis, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), así como los correlativos 34 y 60, del Reglamento de la citada Ley, dígamele a los promoventes que, (...) el presente procedimiento tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, y en este sentido, es de interés público, y por tanto, no puede suspenderse ni interrumpirse, y debe ser concluido con la resolución correspondiente, aún cuando exista desistimiento del solicitante.* (...)"⁷²

A mayor abundamiento, el artículo 60 del RLFCE establece:

"La Comisión cuidará que los procedimientos no se suspendan ni se interrumpan, aun cuando exista desistimiento, para lo cual proveerá lo necesario para que concluyan con la respectiva resolución. Asimismo, dictará todas las medidas necesarias para encauzar legalmente el procedimiento. De oficio o a petición de parte podrá regularizar el procedimiento." (Énfasis añadido)

Derivado de lo anterior, tal y como se señaló en la Resolución Definitiva,⁷³ el presente procedimiento tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y, en ese sentido, una vez que legítimamente ha procedido el inicio de un procedimiento de esta naturaleza (sea por solicitud de una autoridad respectiva, de parte afectada o de oficio⁷⁴), no puede cerrarse o suspenderse por la exclusiva voluntad de un particular, y esta autoridad está obligada a concluirlo con la resolución correspondiente aun cuando exista desistimiento del Solicitante.

En consecuencia, el acuerdo de dieciocho de mayo de dos mil nueve⁷⁵ que negó a Telcel la solicitud de decretar el cierre del procedimiento por el desistimiento del Solicitante es legal y se encuentra debidamente fundado y motivado.

III..1.15 Acuerdo de nueve de noviembre de dos mil nueve (negativa de resolución de cuestiones de previo y especial pronunciamiento).

⁷² Folio 16337 del Expediente.

⁷³ Páginas 153 y 154 de la Resolución Definitiva.

⁷⁴ Conforme al proemio del artículo 33 bis de la LFCE que establece: "Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. (...)" (Énfasis añadido)

⁷⁵ Folio 16337 del Expediente.

Por escrito de tres de noviembre de dos mil nueve Telcel ocurrió a la Comisión a que se resolvieran oportuna y cabalmente las cuestiones de previo y especial pronunciamiento realizadas en su escrito de manifestaciones al Dictamen.

Que ante la falta de resolución de esas cuestiones, Telcel solicitó se resolvieran y la Comisión determinó que *“no ha lugar a acordar la solicitud relativa a que esta Comisión se pronuncie respecto a las cuestiones antes mencionadas, precisadas en el escrito de manifestaciones al dictamen preliminar presentado por Telcel dentro del presente procedimiento.”*

Que dicho acuerdo vulnera los derechos procesales y de defensa de Telcel, pues dichas cuestiones debían ser previamente resueltas para poder emitir la Resolución Definitiva que se combate.

Los argumentos de Telcel son **infundados**. Si bien es cierto que por acuerdo de nueve de noviembre de dos mil nueve la Comisión determinó que no había lugar a acordar de conformidad su promoción y resolver sobre las cuestiones de previo y especial pronunciamiento que alegaba en ese momento del procedimiento, ello no conlleva a que dichas cuestiones no hubieran sido debidamente abordadas en la Resolución Definitiva.

En el mismo orden de ideas, el procedimiento seguido conforme al artículo 33 bis de la LFCE⁷⁶ no contiene una etapa previa a la emisión de la resolución para pronunciarse sobre las cuestiones de previo y especial pronunciamiento más que aquélla que da lugar a la emisión del Dictamen. No obstante, las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Telcel fueron las primeras cuestiones incluidas en su Escrito de Manifestaciones, razón por la cual se analizaron y resolvieron en la misma Resolución Definitiva, también en primer orden.⁷⁷

Independientemente del orden o prelación en el estudio de las manifestaciones de Telcel, la Resolución Definitiva, al analizarlos y valorarlos, determinó que los mismos eran incorrectos o erróneos, por lo que esta autoridad procedió con el análisis del resto del Escrito de Manifestaciones.

Por tal motivo, no puede haber agravio alguno en contra de Telcel si, previo a resolver los asuntos de fondo se analizaron las cuestiones que como previo y especial pronunciamiento esgrimió en su Escrito de Manifestaciones, lo que indudablemente,

⁷⁶ **“Artículo 33 bis.-** Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, la Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del Ejecutivo Federal. En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento: (...) **VII. Una vez integrado el expediente en un plazo no mayor a treinta días, el Pleno de la Comisión emitirá la resolución que corresponda, misma que se deberá notificar a la autoridad competente y publicará en los medios de difusión de la Comisión y los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación. (...)**”

⁷⁷ Páginas 13 a 23 de la Resolución Definitiva.

de haber sido consideradas fundadas habrían impedido que esta autoridad se pronunciara sobre las demás cuestiones relativas a la determinación de poder sustancial de Telcel en el mercado relevante señalado en el Dictamen; consecuentemente, en ningún momento se le dejó en estado de indefensión.

No obstante lo anterior, Telcel no señala de qué manera se impidió la resolución oportuna de las cuestiones de previo y especial pronunciamiento, si, como ha quedado debidamente acreditado, no hay una etapa previa a la emisión de la resolución en el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE para resolverlas y, sin embargo, dichas cuestiones se abordaron antes de iniciar el análisis de las manifestaciones al Dictamen realizadas por Telcel.

Además, Telcel no incluye ningún argumento, razonamiento o elemento de convicción preciso respecto a la forma en que lo determinado en el acuerdo referido trascendió a su esfera jurídica, le causó un perjuicio específico o lo privó de una “debida defensa” por haber sido analizadas y resueltas antes que ningún otro argumento en la Resolución Definitiva.

III..1.16 Indebida valoración de las pruebas.

La Comisión valoró indebidamente las pruebas aportadas por Telcel en el Expediente, toda vez que omite un análisis y valoración debida de aquéllos medios de convicción que fortalecen la postura de Telcel.

Que el mero orden en que la Comisión emitió resolución definitiva demuestra su ilegalidad, toda vez que la Comisión refutó argumentos de defensa de Telcel antes de analizar y valorar las pruebas ofrecidas por dicho agente económico.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, en virtud que el Recurrente no señala qué medios de convicción fortalecen su postura ni cuál es ésta última, ni en qué manera debieron haber sido valoradas las pruebas que no especifica o cómo es que el orden de análisis utilizado por la Comisión le afecta. En consecuencia, no posible entrar al estudio de su pretensión por no combatir la argumentación de la Resolución Definitiva.

Asimismo, Telcel pierde de vista que la autoridad, al momento de resolver, toma en cuenta todos y cada uno de los elementos que obran en el expediente para llegar a una conclusión, no obstante el orden del análisis, cuestión que no puede causar agravio alguno.⁷⁸

⁷⁸ Sirve por analogía el siguiente criterio judicial: ***"AGRAVIOS. EXAMEN DE LOS. Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos pueda acusarse 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***

III..1.16.1 Prueba instrumental consistente en copia certificada de lo actuado en los expedientes 33158/04-17-09-6, 10883/08-17-09-1 y 8479/08-17-05-9 (numeral 22 del Escrito de Manifestaciones y ofrecimiento de pruebas).

Que dichos juicios se refieren a la validez, eficacia y conveniencia de los temas relacionados con las modalidades de prepago y de pospago, y con el registro y argumentación de planes tarifarios que incluyen tarifas por llamadas *on-net* y *off-net*; cuya resolución es necesaria para que pueda emitirse alguna en el presente expediente, pues el resultado tendrá un impacto en el procedimiento.

Que la Comisión debía decretar la suspensión del procedimiento hasta en tanto se resolvieran los expedientes indicados como cuestión de previo y especial pronunciamiento y la Comisión se limitó a establecer que la materia de los mismos es distinta al objeto del Expediente, bajo el argumento de que la materia de éste es el "*poder sustancial en el mercado relevante*". Que ello es absurdo porque la determinación de poder sustancial en un mercado relevante no es propiamente la materia del procedimiento sino su objetivo o finalidad.

Que conforme al artículo 366 del CFPC, era evidente que lo que se resolviera en los procedimientos respecto de las llamadas *on-net* y *off-net* y los planes tarifarios respectivos bien puede tener un impacto en la materia de este procedimiento.

Los argumentos que aquí pretende presentar el Recurrente son inoperantes por reiterativos, toda vez que esta se trata de reiteraciones textuales de Telcel en las que parafrasea su Escrito de Manifestaciones⁷⁹, mismos que fueron debidamente abordados en la Resolución Definitiva, precisamente en los apartados "*III.1. Cuestiones de Previo y Especial pronunciamiento*" y "*VIII. Pruebas Documentales*"⁸⁰ y el Recurrente no proporciona argumento alguno que controvierta las determinaciones de la Comisión al respecto.

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 el propio orden de su exposición o en orden diverso, etc.; lo que importa es el dato substancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija." (Énfasis añadido) Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Julio de 1991; Pág. 122, Registro: 222,213.

⁷⁹ Páginas 12 a 19 del Escrito de Manifestaciones.

⁸⁰ Páginas 19 a 23 y 142 a 144 de la Resolución Definitiva, respectivamente.

Asimismo, las pruebas señaladas en este apartado fueron valoradas en cuanto a su contenido y alcance,⁸¹ sin que Telcel determine cuál es el absurdo que señala o cuál sería el verdadero impacto a que se refiere o cuáles son los elementos derivados de sus instrumentales que influyen en la procedencia y fondo del asunto; motivo por el cual no es posible entrar al estudio de su pretensión por no combatir la argumentación de la Resolución Definitiva.

Aunado a lo anterior, en la Resolución Definitiva se determinó que no es posible dar el alcance que Telcel pretende a las pruebas que ofreció, ya que aun cuando se pretendiera que se valoraran las pruebas en relación al fondo de lo resuelto en dichos juicios, las mismas no tendrían los efectos de modificar el fondo del presente asunto, pues independientemente de que el regulador sectorial pudiera anular la diferenciación entre tarifas *on-net* y *off-net* (situación de fondo de los juicios señalados), la existencia de condiciones de poder sustancial determinadas en la Resolución Definitiva no cambiarían, toda vez que las tarifas referidas son únicamente uno de los elementos que se debe analizar conforme al artículo 13 de la LFCE.⁸²

III..1.16.2 Pruebas instrumentales consistentes en las notas periodísticas ofrecidas bajo el numeral 28 del escrito de manifestaciones y ofrecimiento de pruebas.

Que de las impresiones de notas periodísticas que obran como anexos cinco y seis del escrito de once de diciembre de dos mil ocho se desprende que los altos ejecutivos de Telefónica Móviles a nivel mundial se han pronunciado en el extranjero en contra del exceso de regulación en la industria. Que dicha prueba se relacionó con los argumentos vertidos en su escrito y se acreditaron los extremos aludidos en el numeral XV del mismo denominado "*Bien Común, Efectos Procompetitivos*".

Que la Comisión determinó que las notas periodísticas carecen de valor probatorio pleno por meras formalidades, les otorgó un valor indiciario que no se reflejó en la resolución y, por ello, la CFC actuó en contra de los derechos procesales y de defensa de Telcel.

⁸¹ Página 143 de la Resolución Definitiva: "(...) el alcance probatorio que pretende darle a la prueba en comento, no se surte en la especie,(...) (toda vez que) el procedimiento al que se refiere el presente expediente se refiere a un asunto, cuestión o materia distinta a la que se determinará, en su caso, dentro de los procedimientos señalados. Por tal razón, la resolución relativa al presente procedimiento, versará única y exclusivamente respecto de la existencia o no de poder sustancial en un mercado relevante, por parte de un agente económico, situación que, de facto y de iure, no puede ni podrá ser jamás el alcance de las resoluciones que la autoridad jurisdiccional y la facultada en materia de telecomunicaciones, plasmará en sus determinaciones, tomando en consideración que la presente Comisión es la única facultada para resolver en materia de poder sustancial en un mercado relevante. En consecuencia, la emisión de la resolución dentro del presente procedimiento, no puede ni debe estar sujeta a la resolución de los procedimientos que señaló la manifestante. (...)”

⁸² Página 143 de la Resolución Definitiva.

El argumento en estudio es **infundado**. Contrario a lo señalado por el Recurrente, el valor otorgado a las copias simples de las notas periodísticas que ofreció como prueba sí se reflejó en la Resolución Definitiva, tal y como se establece en su numeral 142, el cual se transcribe en su parte conducente:

"(...) 142. Impresiones de notas periodísticas relativas a la empresa Telefónica Móviles (prueba 28).

(...)

Esta probanza no cumplió con los requisitos de los artículos 210-A y 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), a efecto de acreditar que la información en ella contenida se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, así como la certificación correspondiente. No obstante, esta autoridad le otorga el valor probatorio que al efecto establecen los artículos 79, 93, fracción VII, 188, 197, 207 y 217 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE y su Reglamento conforme a lo establecido por el artículo 34 bis de la citada LFCE. Como se dijo anteriormente, dicha prueba fue ofrecida en copia simple, y por lo tanto únicamente tiene un valor indiciario respecto de los hechos que con ella se pretenden probar, (...)

Finalmente, dichas copias únicamente demuestran, en todo caso, que tales artículos (redactados por autores cuyos nombres no se citan completos o ni siquiera se mencionan) fueron publicados en medios de comunicación electrónicos o impresos que no se identifican con claridad. No son suficientes para demostrar lo que pretende respecto al supuesto pronunciamiento de la empresa Telefónica en otros países respecto a la regulación en el sector. Tampoco son suficientes para demostrar la supuesta "falta de congruencia, de estudio, análisis y definición de las razones que hagan necesaria una regulación adicional", así como la afirmación de TELCEL de acuerdo con la cual en este procedimiento "no se destaca algún beneficio de interés general concreto que se buscaría obtener al declarar el supuesto poder sustancial en busca de una regulación."

Derivado de lo anterior, el Recurrente no puede argumentar que se violó derecho alguno, puesto que como quedó debidamente acreditado en la Resolución Definitiva, el valor probatorio de las copias fotostáticas sin certificar, queda al prudente arbitrio de la autoridad como indicio,⁸³ sin embargo, se determinó que no

⁸³ Sirve de apoyo a lo anterior los siguientes criterios judiciales: (I) **"COPIAS FOTOSTÁTICAS SIN CERTIFICAR. SU VALOR PROBATORIO QUEDA AL PRUDENTE ARBITRIO JUDICIAL COMO INDICIO.** La jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, Volumen II, página 916, número 533, con el rubro: "COPIAS FOTOSTÁTICAS. SU VALOR PROBATORIO.", establece que conforme a lo previsto por el artículo 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el valor de las fotografías de documentos o de cualesquiera otras aportadas por los descubrimientos de la ciencia, cuando carecen de certificación, queda al prudente arbitrio judicial como indicio. La correcta interpretación y el alcance que debe darse a este criterio jurisprudencial no es el de que las copias fotostáticas sin certificar carecen de valor probatorio, sino que debe considerarse que dichas copias constituyen un medio de prueba reconocido por la ley cuyo valor queda al prudente arbitrio del juzgador como indicio. Por tanto, no resulta apegado a derecho negar todo valor probatorio a las fotostáticas de referencia por el solo hecho

eran suficientes para demostrar los extremos que pretendía y, por tal motivo, no beneficiaron los intereses de Telcel.

Telcel no aporta argumento alguno para acreditar que dichas pruebas fueron valoradas incorrectamente o para demostrar que sí eran suficientes o para atacar, en todo caso, las razones expuestas por la Comisión para desestimarlas; luego entonces, las mismas deberán quedar intocadas para regir el sentido de la Resolución Definitiva.

III..1.16.3 Prueba confesional a cargo del denunciante (sic) (numeral 1 del capítulo de pruebas del escrito de Telcel de once de diciembre de dos mil ocho) y desechamiento de posiciones verbales y escritas.

Telcel ofreció dicha prueba para acreditar, entre otras cosas, que la denuncia que motivó el procedimiento es improcedente y que dicha persona física carece de

de carecer de certificación, sino que, considerándolas como indicio, debe atenderse a los hechos que con ellas se pretende probar y a los demás elementos probatorios que obren en autos, a fin de establecer como resultado de una valuación integral y relacionada de todas las pruebas, el verdadero alcance probatorio que debe otorgárseles." Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 127. **2a./J. 32/2000**, Registro: 192,109. (ii) "**COPIAS FOTOSTATICAS. HACEN PRUEBA PLENA CONTRA SU OFERENTE.** No es válido negar el carácter de prueba a las copias fotostáticas simples de documentos, puesto que no debe pasar inadvertido que conforme a diversas legislaciones, tales instrumentos admiten ser considerados como medios de convicción. Así el Código Federal de Procedimientos Civiles previene, en su artículo 93, que: "La ley reconoce como medios de prueba: ... VII. Las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia..." El artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece a su vez que para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, el juzgador puede valerse, entre otros elementos probatorios, "... de cualquier cosa..." Dentro de estas disposiciones es admisible considerar comprendidas a las copias fotostáticas simples de documentos, cuya fuerza probatoria mayor o menor, dependerá del caso concreto y de las circunstancias especiales en que aparezcan aportadas al juicio. De este modo, la copia fotostática simple de un documento hace prueba plena en contra de su oferente, porque cabe considerar que la aportación de tal probanza al juicio lleva implícita la afirmación de que esa copia coincide plenamente con su original. Esto es así porque las partes aportan pruebas con el objeto de que el juzgador verifique las afirmaciones producidas por aquéllas en los escritos que fijan la litis; por tanto, si se aporta determinado medio de convicción, es porque el oferente lo considera adecuado para servir de instrumento de verificación a sus afirmaciones. No es concebible que el oferente presente una prueba para demostrar la veracidad de sus asertos y que, al mismo tiempo, sostenga que tal elemento de convicción, por falso o inauténtico, carece de confiabilidad para acreditar sus aseveraciones. En cambio la propia copia fotostática simple no tendría plena eficacia probatoria respecto a la contraparte del oferente, porque contra ésta ya no operaría la misma razón y habría que tener en cuenta, además, que ni siquiera tendría la fuerza probatoria que producen los documentos simples, por carecer de uno de los elementos constitutivos de éstos, como es la firma autógrafa de quien lo suscribe y, en este caso, la mayor o menor convicción que produciría, dependería de la fuerza probatoria que proporcionaran otras probanzas que se relacionaran con su autenticidad." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Enero de 1996; Pág. 124. I.4o.C. J/5, Registro: 203,516. (iii) "**COPIAS FOTOSTATICAS. VALOR PROBATORIO DE LAS.** Las copias fotostáticas no pueden considerarse documentos privados, sino medios de prueba como son las fotografías y éstas carecen de valor probatorio pleno de no encontrarse debidamente certificadas, por lo tanto su valor queda reducido al de un indicio y sirve de prueba en tanto no se encuentren desvirtuadas." Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Julio de 1991; Pág. 97. VI. 2o. J/137, Registro: 222,196.

legitimación activa en la causa y es apoderado de las empresas de Telefónica Móviles.

I. Valoración Indebida.

Contrario a lo que sostiene la Comisión, ha quedado demostrado que en el Expediente se ventilan intereses particulares como los de Telefónica Móviles o Pegaso, quienes actuaron de forma simulada a través de su representante "CONFIDENCIAL POR LEY". Que la Comisión actuó de forma ilegal al concederle un valor probatorio indebido a la prueba confesional desahogada por el solicitante, pues como oferente de la prueba, únicamente podrían beneficiarle los hechos, confesiones e indicios que se deriven más nunca perjudicarle ni tener efecto en su contra.

Su argumento es inoperante por reiterativo y tratarse de manifestaciones genéricas.

En primer lugar, el Recurrente reitera las manifestaciones hechas en su Escrito de Manifestaciones, mismas que fueron debidamente abordadas en la Resolución Definitiva en el apartado "VI.1.11 *Improcedencia de la denuncia (falta de legitimación activa)*",⁸⁴ motivo por el cual, son inoperantes por reiterativos sus argumentos al respecto.

En segundo lugar, el argumento que señala que en el Expediente se ventilan intereses particulares de Telefónica es inoperante por manifestaciones genéricas pues resulta una mera apreciación del Recurrente, sin que al efecto indique en qué parte del expediente se encuentra demostrada tal situación.

En tercer lugar, no es claro el efecto negativo que pudo haber tenido en contra de Telcel el desahogo de la confesional del Solicitante, ya que, como se ha señalado anteriormente, el objetivo del Expediente no es dirimir intereses entre particulares. En consecuencia, el hecho que la valoración de la prueba referida no haya tenido el alcance que el Recurrente pretendía no implica una violación su derecho de defensa, pues precisamente en respeto de ese derecho, fue que se admitió a trámite, se desahogó y valoró conforme a los preceptos indicados en el apartado "IX. *Prueba Confesional*"⁸⁵ de la Resolución Definitiva.

II. Descalificación de posiciones.

Las posiciones fueron formuladas en términos de ley, se refirieron a hechos claros y precisos, no fueron insidiosas, se formularon en sentido afirmativo y correspondieron a hechos propios del absolvente.

La Comisión desechó diversas posiciones verbales por considerar que eran materia de otra prueba lo que es absurdo e ilegal.

⁸⁴ Páginas 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

⁸⁵ Páginas 147 a 154 de la Resolución Definitiva.

Sus argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas, pues el Recurrente se limita a señalar que las posiciones que fueron desestimadas indebidamente sin ofrecer mayor argumento que su propio dicho.

Al respecto, Telcel no controvierte la decisión de la Comisión para desestimar las posiciones 12, 13, 15 y 16 del pliego de posiciones presentado para el desahogo de la prueba, ni de las posiciones verbales números 1, 24, 65, 66 y 70, por ser insidiosas; 22, 25, 32, 33, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 71, por no ser hechos propios; 2, 3, 4, 5, 6, 7, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 64, 67, 68, 69, 73, por ser imprecisas; y 79, 80, 81, 82, 83, 84 y 85 por ser materia de otra prueba.

Es decir, no manifiesta o aclara por qué no resultaban insidiosas, por qué si se trataba de hechos propios, por qué resultaban precisas o porque si se relacionaban con la prueba. Al no hacerlo, no es posible entrar al análisis de sus argumentaciones.

III.1.16.4 Prueba pericial en materia de economía

Que la prueba pericial en materia económica acreditó que Telcel no tiene poder sustancial en el mercado relevante.

Que en el apartado 145 de la Resolución Definitiva, la Comisión se limita a capitalizar aquellos puntos en que considera que el razonamiento del perito es equivocado o que contraviene las pretensiones de la CFC.

Que en la página 161/231 de la Resolución Definitiva, la CFC estableció:

"(...) el perito estima que la sola observación de un aumento en la participación de mercado de Telefónica, es suficiente para afirmar que no hay empresa alguna con poder sustancial, por lo que Telcel no lo tendría. Esta afirmación del perito soslaya el hecho de que la participación de mercado es sólo un indicio para la configuración de poder sustancial de mercado (...)"

Que en ese contexto, la CFC afirma lo anterior para tratar de desvirtuar el argumento del perito de Telcel en cuanto a que, dada la participación creciente de Telefónica en el mercado, es evidente que Telcel no tiene poder sustancial en el mismo; y que cuando se trata de fortalecer un argumento a favor de Telcel, la CFC considera la participación en el mercado como un mero indicio mientras que para determinar su supuesto poder sustancial en el mercado relevante, su participación es un elemento determinante.

Sus argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas y no justificar la trasgresión.

En primer lugar, Telcel trata de mutilar lo dicho por la Comisión al respecto. Si bien es cierto en la página 161 de la Resolución Definitiva la CFC determinó:

"Al respecto, el perito estima que la sola observación de un aumento en la participación de mercado de Telefónica, es suficiente para afirmar que no hay empresa alguna con poder sustancial, por lo que Telcel no lo tendría. Esta afirmación del perito soslaya el hecho de que la participación de mercado es sólo un indicio para la configuración de poder sustancial de mercado, conforme al artículo 13 de la LFCE. Más aún, que el nivel de (...) participación de mercado que Telcel ha mantenido en los últimos ocho años es un dato que no resulta congruente con la hipótesis de ausencia de poder sustancial de mercado de acuerdo con la teoría económica. (Énfasis añadido en la parte que Telcel omitió transcribir)

De la transcripción completa del párrafo que el Recurrente hizo referencia, se desprende que, efectivamente, la Comisión tomó en cuenta la participación en el mercado como uno de los elementos o indicios que señala el artículo 13 de la LFCE⁸⁶ para determinar la existencia de poder sustancial. Sin embargo, ello no quiere decir que la autoridad se limita únicamente a comprobar si la primera fracción del referido artículo se actualiza, sino que debe analizar la actualización, o no, de los demás elementos que marca el artículo 13, para entonces determinar si existe o no poder sustancial de un agente económico en un mercado relevante.

Dice el Recurrente que *"llama la atención la falta de atención y estudio que esta Comisión hace respecto de todos los puntos del dictamen pericial que resultan favorable (sic) a los intereses de Telcel"*, sin señalar a qué puntos en específico se refiere ni mucho menos explicar cómo es que los mismos pueden resultar favorables, en tal sentido, este argumento es **inoperante**.

Pareciera que Telcel pretende que el simple hecho que esta autoridad admita una prueba pericial es suficiente para que cualquier cosa que diga el perito en cuestión sea tomada como hecho irrefutable sin cuestionar la veracidad o fundamento de sus aseveraciones, lo cual es falso, toda vez que, no obstante el Recurrente está en posibilidad de presentar a un experto en la materia para probar sus pretensiones, esta autoridad es el órgano especializado en materia de competencia económica y como

⁸⁶ El artículo 13 señala: "**Artículo 13.-** Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los agentes económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los agentes económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los criterios que se establezcan en el Reglamento de esta Ley así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión."

tal, está en facultad de examinar el dicho del perito y determinar si existen contradicciones o aseveraciones sin fundamento o imprecisas.⁸⁷

En tal sentido, y contrario a lo señalado por el Recurrente, es obligación de la autoridad señalar aquéllos puntos en que el perito ofrecido no haya sustentado su dicho y, en consecuencia, no pueda sostenerse la hipótesis del oferente, en este caso, que Telcel no tiene poder sustancial en el mercado relevante. Además, el Recurrente no ataca de manera alguna la valoración realizada por esta autoridad al respecto de la pericial en materia económica, limitando su argumento a criticar el actuar de esta autoridad por señalar los errores o imprecisiones en que su perito recayó, pero sin rebatirlos. En consecuencia, no se justifica la revocación de la Resolución Definitiva.

III..1.16.5 Prueba pericial en materia de ingeniería de las telecomunicaciones.

Que la CFC manipula y descontextualiza lo afirmado por el perito para tratar de restarle valor probatorio.

Que es falso que “desde el lado del oferente del servicio relevante, la prestación de servicios de prepago y pospago se lleva a cabo básicamente con los mismos elementos físicos” o que “el único elemento que lo distingue en la parte administrativa de cobranza” como lo pretende la CFC.

Que no se trata de sólo una distinción para prepago y pospago en cuanto a la administración de cobranza, sino que, tratándose del prepago, la cobranza efectiva en tiempo real determina el curso o no de la llamada o de los datos y que no existe tal elemento en las llamadas de pospago pues, en esos casos no existe la necesidad de administrar la cobranza en tiempo real. En este sentido no sólo cambia la forma y tiempo de cobro, sino que cambia propiamente la forma del servicio que se presta en cada caso.

Si bien es cierto que las llamadas de prepago y pospago utilizan elementos físicos en común, no es cierto que “la única diferencia sólo se circunscribe al cobro en tiempo real, hecho que por lo demás, no consume más recursos de lo que debe llevar a cabo la empresa cuando cobra a los usuarios de pospago”. La CFC se limitó a analizar ciertas cuestiones muy limitadas y aisladas respecto a la totalidad de la información obtenida con motivo del desahogo de la prueba.

Sus argumentos son infundados por una parte e inoperantes por otra.

⁸⁷ Mismo que es del tenor literal siguiente: “**ARTICULO 152.-** Rendidos los dictámenes, dentro de los tres días siguientes del últimamente presentado, **los examinará el tribunal**, y, si discordaren en alguno o algunos de los puntos esenciales sobre que debe versar el parecer pericial, mandará, de oficio, que, por notificación personal, se hagan del conocimiento del perito tercero, entregándole las copias de ellos, y previniéndole que, dentro del término que le señale, rinda el suyo. Si el término fijado no bastare, el tribunal podrá acordar, a petición del perito, que se le amplíe. El perito tercero no está obligado a adoptar alguna de las opiniones de los otros peritos.

Contrario a lo señalado por el Recurrente, la Comisión no manipuló manifestación alguna del perito, sino que únicamente se analiza la coincidencia entre lo dicho por el perito y lo establecido en el Dictamen, de tal manera que las manifestaciones del perito robustecen lo determinado por la Comisión respecto al análisis realizado sobre el tema de telecomunicaciones y servicios concesionados.

En la diligencia de aclaración llevada a cabo el nueve de marzo de dos mil nueve, la Comisión realizó la siguiente pregunta al perito: "(...) *precise cada uno de los elementos que componen la infraestructura común o compartida entre los servicios de Prepago y Pospago*"; y la respuesta del propio perito fue: "*Lo que se comparte es la infraestructura para el transporte de información -para voz, datos y video- como se muestra en el primer diagrama resumido, de la respuesta 3 del Dictamen Pericial. **Por otro lado, lo que los distingue es la parte administrativa de cobranza: prepago y pospago.***"⁸⁸

Como se puede apreciar, no hay manipulación alguna de la Comisión pues ésta sólo reprodujo lo que el perito dijo al respecto de la distinción entre los servicios de prepago y pospago es la parte administrativa de cobranza. En tal sentido, su argumento es **infundado**.

Asimismo, respecto a su manifestación que no se trata de sólo una distinción en cuanto a la administración de cobranza, sino que tratándose del prepago, la cobranza efectiva en tiempo real determina el curso o no de la llamada o de los datos ya que pospago no tiene este elemento y, por ende, cambia propiamente la forma del servicio que se presta en cada caso, es **inoperante por ser una manifestación genérica**, pues no señala cómo es que cambia la forma de prestar el servicio ni cómo es que este aparente cambio modifica o controvierte las determinaciones de esta autoridad en el Dictamen.

No obstante lo anterior, en la página 172 de la Resolución Definitiva se estableció que derivado "*de la respuesta 2 y las aclaraciones correspondientes se desprende que **las limitaciones para prestar el servicio de prepago se presentan en las llamadas internacionales entre operadores móviles, hecho no relevante** para el caso que se analiza, toda vez que **el mercado geográfico determinado del (Dictamen) corresponde** a llamadas que se llevan a cabo entre usuarios que se ubican en el **territorio nacional**.(...)", sin que Telcel controvierta tal determinación.*

Además, Telcel señala que la CFC únicamente se limitó a analizar ciertas cuestiones muy limitadas y aisladas respecto a la totalidad de la información obtenida con motivo del desahogo de la prueba, sin que al efecto señale cuáles fueron esas cuestiones "*limitadas y aisladas*" que se analizaron y cuáles en específico se dejaron de analizar y que en ese sentido, pudieran modificar el sentido de la Resolución Definitiva. Por tal motivo, su argumento es **inoperante por ser una manifestación genérica**.

III..1.17 Publicación en el DOF de fecha diez de febrero de dos mil diez.

⁸⁸ Página 170 de la Resolución Definitiva.

La publicación de la Resolución Definitiva es violatoria de los derechos procesales de privacidad, intimidad, propiedad intelectual, secretos industriales y cuestiones de confidencialidad, porque se hace alusión a Telcel con implicaciones negativas a nivel nacional, además de que el procedimiento no ha causado estado y su contenido debe ser considerado información reservada en términos de la Ley de Transparencia, por lo que se dejó a Telcel en estado de indefensión.

El argumento es inoperante pues del dicho del Recurrente no se desprende la supuesta violación procesal lo hubiere dejado en estado de indefensión; en consecuencia, no hay agravio que tenga el alcance de modificar el sentido de la Resolución Definitiva.

No obstante lo señalado por Telcel, la publicación de la Resolución Definitiva en el DOF se realizó con fundamento en el artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE;⁸⁹ aunado al hecho de que el artículo 31 bis de la LFCE previene las condiciones específicas en materia de confidencialidad para los procedimientos seguidos ante la autoridad en materia de competencia, conforme las cuales, Telcel estuvo en posibilidad de indicar qué información de la que hubiere aportado tenía el carácter de confidencial.

Finalmente, Telcel no indica qué información en específico de la existente en la Resolución Definitiva le genera un perjuicio en lo que denomina como “sus derechos de propiedad, privacidad e información”.⁹⁰

⁸⁹ El cual establece: **“Artículo 33 bis.-** Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, la Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del Ejecutivo Federal. En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento: (...)”

VII. Una vez integrado el expediente en un plazo no mayor a treinta días, el Pleno de la Comisión emitirá la resolución que corresponda, **misma que se deberá notificar a la autoridad competente y publicará en los medios de difusión de la Comisión y los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación.(...)”**

⁹⁰ En apoyo a lo anterior, se cita el siguiente criterio judicial: **“TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS PERSONALES SÓLO CONSTITUYE UN DERECHO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS MAS NO DE LAS MORALES (AUTORIDADES RESPONSABLES).** De la interpretación sistemática de los artículos 1, 3, 4, 8, 18 a 22 y 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en relación con el Acuerdo General 76/2003, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que modifica los artículos 19 y tercero transitorio del Acuerdo General 30/2003, que establece los órganos, criterios y procedimientos institucionales para la transparencia y acceso a la información pública para ese órgano del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito, se advierte que entre los objetivos de la ley citada se encuentra el garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados, es decir, la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, y para lograrlo otorgó facultades al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, el que dictó los acuerdos correspondientes, estableciendo en relación con los datos personales de las partes, que con el fin de respetar cabalmente tal derecho, al hacerse públicas las sentencias, se omitirán cuando manifiesten su oposición de manera expresa, e impuso a los órganos jurisdiccionales la obligación de que en el primer acuerdo que dicten en los asuntos de su competencia, señalen a las partes el derecho que les asiste para oponerse, en relación con terceros, a esa publicación, en la inteligencia de que la falta de oposición conlleva su consentimiento

III.3 Segundo concepto de agravio: Falta de congruencia, precisión y exhaustividad⁹¹

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

En este agravio Telcel manifiesta:

El Recurrente señala que la Resolución Definitiva es ilegal y violatoria de sus derechos, pues es contraria a lo dispuesto en los artículos 1, 33 bis, 34 bis, último párrafo y demás relativos de la LFCE; 55 y 56 del RLFCE, así como los principios de congruencia, precisión y eficiencia establecidos en los artículos 222, 348 y 349 del CFPC de aplicación supletoria, ya que adolece de falta de fundamentación y motivación.

2.1. Que la Resolución Definitiva es ilegal porque el Pleno de la Comisión no se ocupó de resolver todas las manifestaciones de defensa y excepciones expuestas por Telcel en sus diversos escritos de este procedimiento.

Que en la página 12/231 de la Resolución Definitiva, la CFC señaló que *“los aspectos abordados que, por su relación directa, igualdad y/o repetición en diversas secciones del escrito, serán contestados en un solo argumento, relacionando las manifestaciones que correspondan”*.

Asimismo, en la página 24/231 de la Resolución Definitiva la CFC señaló que *“no procede realizar contestación particular, en virtud de que únicamente se relacionan de forma general los antecedentes de mérito”*, siendo que el escrito de Telcel constituye una unidad y de él se desprenden argumentos armónicos, concatenados y congruentes y además, aunque los argumentos fuesen generales (que “no todos” lo eran), por más que tuvieran ese carácter, también tendrían que haber sido resueltos en forma completa, precisa, congruente y clara, lo que no sucedió.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas.

En primer lugar, Telcel no explica cuáles fueron las manifestaciones de defensa y excepciones que la Comisión no resolvió ni qué argumentos en específico no fueron resueltos de forma completa, precisa y clara y simplemente señala que *“no todos eran generales”*.

para que la sentencia respectiva se publique sin supresión de datos; de donde se concluye que la protección de los datos personales de referencia sólo constituye un derecho para las personas físicas pues así lo señala la fracción II del artículo 3 de la ley mencionada, al indicar que por aquéllos debe entenderse la información concerniente a una persona física identificada o identificable, excluyendo así a las personas morales, entre las que se encuentran las autoridades responsables.” Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Enero de 2006; Pág. 2518. XIII.3o.12 A, Registro: 176,077.

⁹¹ Páginas 79 a 93 del Escrito del Recurso.

Además, el propio Recurrente cae en una contradicción, pues por un lado señala que realizó argumentos armónicos, concatenados y congruentes que debieron ser apreciados uno a uno y, por otro lado, reconoce que cuando menos algunos de sus argumentos eran generales; en consecuencia, no puede pretender que se realice un análisis específico de un argumento que no lo es.

En el mismo orden de ideas, la Comisión advirtió que en el apartado correspondiente a "Manifestaciones en relación con el capítulo de antecedentes del Dictamen Preliminar" en su Escrito de Manifestaciones, los argumentos de Telcel únicamente se relacionaban de forma general con los antecedentes del mismo y no obstante lo anterior, dio respuesta a los mismos.

En virtud de lo anterior, no hay agravio que pudiera habersele causado a Telcel por haber agrupado aquéllos argumentos que estuvieren relacionados y haber respondido a ellos en un mismo argumento.⁹²

2.2. Que la Comisión llega al absurdo de sostener que los argumentos hechos valer por Telcel son erróneos o insuficientes porque no expresó como le afectan o en qué le afectan los actos que señaló como ilegales.

Que Telcel sí expresó con claridad y precisión sus argumentos de defensa y que hizo valer las afectaciones de derecho que se le causan y señaló los razonamientos lógico-jurídicos necesarios para demostrar la ilegalidad de las actuaciones combatidas y del Dictamen Preliminar en general y en lo particular.

Que la CFC omite el estudio de manifestaciones y defensas, aún de violaciones procesales, sin tener razón para incurrir en esa omisión y, en violación de la garantía de legalidad, deja de expresar el fundamento y la motivación que le sirvieron de base para llegar a la conclusión de que, en su concepto, la defensa es insuficiente o infundada.

En consecuencia, la omisión de los preceptos de ley y la expresión de los razonamientos lógico-jurídicos que llevaron a la CFC a resolver todos y cada uno

⁹² Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS, PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN.** De los preceptos integrantes del capítulo X "De las sentencias", del título primero "Reglas generales", del libro primero "Del amparo en general", de la Ley de Amparo, no se advierte como obligación para el juzgador que transcriba los conceptos de violación o, en su caso, los agravios, para cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad en las sentencias, pues tales principios se satisfacen cuando precisa los puntos sujetos a debate, derivados de la demanda de amparo o del escrito de expresión de agravios, los estudia y les da respuesta, la cual debe estar vinculada y corresponder a los planteamientos de legalidad o constitucionalidad efectivamente planteados en el pliego correspondiente, sin introducir aspectos distintos a los que conforman la litis. Sin embargo, no existe prohibición para hacer tal transcripción, quedando al prudente arbitrio del juzgador realizarla o no, atendiendo a las características especiales del caso, sin demérito de que para satisfacer los principios de exhaustividad y congruencia se estudien los planteamientos de legalidad o inconstitucionalidad que efectivamente se hayan hecho valer." (énfasis añadido) Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 830. 2a./J. 58/2010, Registro: 164,618.

de los argumentos de defensa de Telcel son insuficientes o infundados, constituye una violación a la garantía de legalidad de Telcel.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por manifestaciones genéricas, pues el Recurrente cae precisamente en las omisiones que alega, toda vez que no refiere en qué parte de la Resolución Definitiva específicamente se omitieron los fundamentos legales y motivación necesaria para desestimar los argumentos de Telcel. Además, Telcel omite señalar cuáles fueron los argumentos que a su consideración fueron expresados con claridad y de los cuáles esta autoridad resolvió lo contrario.

Sin perjuicio de lo anterior y contrario a lo señalado por Telcel, dicho agente económico efectivamente está obligado a señalar la afectación que cualquier actuación de la autoridad pudiera causarle, de lo contrario, su argumento será inoperante.⁹³

2.3. Que la Resolución Definitiva no es exhaustiva pues se dejaron de estudiar y resolver diversas manifestaciones y defensas de Telcel.

En particular, que la Comisión no se pronunció sobre:

a) La violación procesal relativa a la publicación del dictamen preliminar en el DOF del treinta de abril de dos mil ocho.

En primer término, el Recurrente cae en un error, toda vez que la publicación del Dictamen en el DOF ocurrió el día catorce de noviembre de dos mil ocho, y no el treinta de abril de dos mil ocho como erróneamente señala, ya que la publicación a

⁹³ Sirve de apoyo los siguientes criterios judiciales: (I) "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO.** 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, 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." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Agosto de 2000; Pág. 1051. I.6o.C. J/21, Registro: 191,370., y (II) "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.** No se puede considerar como concepto de violación y, por ende, resulta inoperante la simple aseveración del quejoso en la que afirma que no le fueron estudiados los agravios que hizo valer ante el tribunal de apelación, o que éste no hizo un análisis adecuado de los mismos, si no expresa razonamientos lógicos y jurídicos tendientes a demostrar que haya combatido debidamente las consideraciones de la sentencia recurrida y que no obstante esa situación, la responsable pasó por inadvertidos sus argumentos, toda vez que se debe señalar con precisión cuáles no fueron examinados, porque siendo el amparo en materia civil de estricto derecho, no se puede hacer un estudio general del acto reclamado." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Septiembre de 2001; Pág. 1147. I.6o.C. J/29, Registro: 188,864.

que hace referencia en realidad corresponde al acuerdo de inicio de investigación del procedimiento.

En segundo término, su argumento es infundado, toda vez que en el apartado "VI.1.7. Dictamen preliminar de 28 de octubre de 2008" de la Resolución Definitiva, la Comisión sí se pronunció sobre la publicación del Dictamen en el DOF.⁹⁴

Si bien es cierto que del texto contenido en el numeral "VI.1.8. Publicación en el DOF de fecha 30 de abril de 2008" de la Resolución Definitiva, se desarrolla la impugnación relativa a la publicación del extracto del acuerdo de inicio de investigación, ello no puede causarle agravio alguno a Telcel toda vez que, como quedó debidamente señalado en el párrafo anterior, la cuestión relativa a la publicación del Dictamen en el DOF sí se atendió en la Resolución Definitiva.

b) Que no hay pronunciamiento sobre los argumentos y manifestaciones planteados por Telcel en relación a la improcedencia de la denuncia (sic) con que se dio inicio al procedimiento y la falta de legitimación activa del denunciante (sic) y que ello se demuestra con el contraste del Escrito de Manifestaciones y lo resuelto a página 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

Que la CFC omitió toda consideración sobre las circunstancias de tiempo y modo en que el Solicitante presentó su denuncia o solicitud sobre el momento en que supuestamente éste se habría convertido en cliente de Telcel, sobre los alcances de su contrato, sobre su relación con la materia del procedimiento, etc. Que Telcel alegó y CFC reconoció los planteamientos, pero no los resolvió.

Sus argumentos son infundados por una parte e inoperantes por otro, como se explica a continuación.

En primer término, el argumento que señala que la Comisión no se pronunció sobre todos y cada uno de los argumentos de Telcel en la Resolución Definitiva es inoperante

⁹⁴ Página 56 de la Resolución Definitiva, en su parte conducente: "(...) Ahora bien, la publicación del dictamen preliminar, así como el Anexo 1a del mismo, fue realizado en cumplimiento a lo establecido por los artículos 33 bis, fracción V, de la LFCE; y 55, último párrafo, del RLFCE, (...) Así, de las transcripciones anteriores, se advierte lo siguiente: i) que la Comisión, al encontrar elementos para determinar la existencia de poder sustancial, debe emitir el dictamen preliminar, mismo que debe ser considerado como una resolución, si bien no es definitiva, debiendo publicar un extracto del mismo en los medios de difusión de la Comisión, así como los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación; ii) que la Comisión puede publicar el dictamen preliminar en su sitio de internet. De lo anteriormente reseñado, queda claro que la publicación del dictamen preliminar, así como del Anexo 1a señalado por Telcel, fueron realizadas en estricto apego a lo que la normatividad en materia de competencia establece, y a su vez, atendiendo a lo que, de acuerdo a la propia legislación, debe aplicarse en cuanto al tratamiento de la información pública, reservada y confidencial allegada en los procedimientos realizados al amparo de la LFCE y su Reglamento, y que es obligatorio seguir de conformidad con lo establecido por el artículo 31 bis de la LFCE. (...)" (Énfasis añadido)

por manifestaciones genéricas, toda vez que Telcel no indica con exactitud qué argumento o argumentos de su Escrito de Manifestaciones no fueron analizados.

Además, contrario a lo señalado por el Recurrente, en el apartado "VI.1.11 *Improcedencia de la denuncia (falta de legitimación activa)*"⁹⁵ de la Resolución Definitiva, se fundan y motivan las consideraciones por las cuales la Comisión dio inicio al trámite solicitado por el Solicitante, en consecuencia, es falso y, por lo tanto, **infundado** que esa autoridad haya omitido consideración alguna sobre las cuestiones que señala.

En ese mismo apartado se estableció que "(...)las cuestiones relativas a que **"CONFIDENCIAL POR LEY"** actuó como representante de diversas empresas del denominado grupo Telefónica; que ello se demuestra con cuestiones como la temporalidad del contrato de prestación de servicios suscrito ocho días previos a la solicitud del inicio del presente procedimiento; que no existe "riesgo o efecto alguno al usuario" derivado de su escrito de solicitud del procedimiento y su anexo 2; la inexistencia de vínculo alguno entre el solicitante y la "regulación que se pretende", que en el escrito se hayan señalado diversas personas y domicilio vinculados a un despacho (firma) de abogados vinculado a Telefónica; que bajo criterios temporales, no puede considerarse a **"CONFIDENCIAL POR LEY"** como usuario, que por haber contratado los servicios que proporciona Telcel únicamente en la región 9, se excluye a las regiones 1 a 8, la modalidad de prepago y que todo ello no abarca el servicio que contempla en su solicitud. (...) son cuestiones que, independientemente de su veracidad, no necesitan ser tomadas en consideración para acreditar el interés de los agentes económicos para presentar una solicitud de inicio del procedimiento previsto en el artículo 33 bis (...) de conformidad con lo que establece la normatividad de competencia, (...)." ⁹⁶ (Énfasis añadido)

En virtud de lo anterior, si un agente económico cumple con los requisitos previstos en el artículo 55 del RLFCE⁹⁷ para efectos del inicio del procedimiento del artículo 33 bis de la LFCE, no hay razón para no tener por acreditada la legitimación activa del

⁹⁵ Páginas 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

⁹⁶ Página 64 de la Resolución Definitiva.

⁹⁷ Mismo que establece: "**Artículo 55.**- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:

I. Las solicitudes a petición de la autoridad respectiva o de parte afectada, en términos de la fracción I, deberán comprender, entre otra, la siguiente información y documentación:

a) Nombre, denominación o razón social del solicitante y los elementos que acrediten el carácter con el que actúa en términos del artículo 54 de este Reglamento;

b) Original o copia certificada del documento o instrumento con el que acredite la personalidad que contenga las facultades de representación legal, de conformidad con las formalidades establecidas en la legislación aplicable;

c) Domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas para tales efectos, así como teléfono, correo electrónico u otros datos que permitan su pronta localización;

d) Los elementos y las razones que justifiquen la necesidad de la declaratoria, y

e) Los elementos que permitan determinar en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley el mercado relevante y el poder sustancial de mercado o las condiciones de competencia. Estos elementos deberán ser proporcionados en los términos del cuestionario que la Comisión emitirá y publicará en su sitio de Internet y en el Diario Oficial de la Federación."

solicitante, ni a desechar o tener por no presentada la solicitud de inicio del procedimiento.

A mayor abundamiento, la Comisión determinó lo siguiente: "(...)Esto es, tales señalamientos respecto a las cuestiones que deberían verificarse al solicitar un procedimiento en términos del artículo 33 bis de la LFCE, independientemente de que no son requisitos a cumplir al solicitarlo, tampoco demuestran una situación ilegal "que no produce efectos jurídicos", ya que si el solicitante del multicitado procedimiento es una persona física que acude únicamente a nombre propio, y cumple los requisitos de ley, no existe de tal forma la "ilógica y sospechosa, presumiblemente maliciosa y simulada" de tal solicitud, e incluso, ni que constituyan "un acto simulado que pretende esconder el acto real consistente en la verdadera denuncia que habrían presentado en contra de mi mandante las empresas antes mencionadas (Telcel)", ya que era el "interesado real" quien dio lugar al inicio del procedimiento, siendo que el sólo hecho de que se cumplan los requisitos legales para iniciar el procedimiento como el que nos ocupa, se reitera, implica la obligación de iniciarlo. (...)"⁹⁸

De lo anterior se desprende que la Comisión sí se pronunció sobre las cuestiones que Telcel alegó, sin embargo no les otorgó el alcance que dicho agente económico pretendía por los motivos explicados en ese apartado.

c) La CFC no se pronunció sobre la solicitud de cierre del expediente presentada por Telcel mediante escrito de doce de mayo de dos mil ocho, habida cuenta la presentación del desistimiento del denunciante (sic). Que Telcel solicitó que se cerrara el procedimiento y en la resolución no fue tomado a consideración.

Su argumento es inoperante.

Si bien es cierto que en el análisis de fondo de las manifestaciones realizadas por Telcel al Dictamen la Comisión no hizo alusión a la solicitud del cierre del expediente por parte de Telcel como tal, esa autoridad sí se pronunció sobre la obligación de resolver el procedimiento, aunque exista desistimiento conforme el artículo 60 del RLFCE.

En la sección de Antecedentes de la Resolución Definitiva, específicamente en el número 38, se señaló lo siguiente:

"38. Mediante escrito presentado en Oficialía de Partes de esta Comisión el día trece de mayo de dos mil nueve, los representantes legales de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (TELCEL), específicamente los CC. Alfonso M. López Melih y Juan Pablo Estrada Michel, solicitaron que: "...mediante escrito de 21 de abril de 2009 presentado al día siguiente, el único promovente del presente procedimiento desistió para todos los efectos de su solicitud de 23 de noviembre de 2007, con la que se dio inicio a este procedimiento, precisamente a petición de su parte, pedimos a esta Comisión que decreta el cierre del expediente en que se actúa (...) En efecto, ante el indubitable desistimiento de la solicitud con que se dio inicio a este expediente, el procedimiento carece de plano de causa eficiente y de razón

⁹⁸ Página 65 de la Resolución Definitiva.

de ser, mientras el dictamen preliminar emitido por esta Comisión adolece de absoluta falta de sustento”.⁹⁹ En tal virtud, mediante acuerdo de fecha dieciocho de mayo de dos mil nueve,¹⁰⁰ se tuvo por presentado a los promoventes con el escrito de mérito; sin embargo, se les negó la solicitud de cierre del expediente, en virtud de que el presente procedimiento tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y, en ese sentido, es de interés público y por tanto no puede suspenderse ni interrumpirse; debe ser concluido con la resolución correspondiente, aún cuando exista desistimiento del solicitante.” (énfasis añadido)

Derivado de lo anterior, es notorio que el Recurrente incurre en un error, en virtud que esa solicitud no podía ser tomada en cuenta para resolver el asunto de fondo (determinar si Telcel tiene o no poder sustancial en el mercado relevante), toda vez que por mandato de la LFCE, tal como se estableció en el acuerdo de dieciocho de mayo de dos mil nueve emitido en el Expediente y posteriormente en la Resolución Definitiva,¹⁰¹ la autoridad está obligada a concluir los procedimientos aunque exista desistimiento; en consecuencia, el análisis que al efecto esa autoridad hubiera hecho de esa solicitud en nada cambiaría el sentido de la Resolución Definitiva, motivo por el cual dicho argumento es insuficiente para modificar la resolución. En tal sentido, Telcel no puede alegar que tal situación no fue tomada en cuenta simplemente por haberse desestimado su pretensión.

d) La CFC no se pronunció sobre los argumentos y manifestaciones de defensa planteados por Telcel sobre la falta de jurisdicción y competencia, derivados de la exclusión de aplicabilidad de normas de competencia económica (inmunidad *ad hoc*) y la falta de legitimación pasiva en la causa, que obran a páginas 77 a 80 del Escrito de Manifestaciones y que en las páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva la CFC no hace referencia alguna a la legitimación pasiva ni sobre la inaplicabilidad de normas (inmunidad *ad hoc*).

Sus argumentos al respecto son **infundados**, pues fue precisamente en el apartado “VI.1.13 Defensa de falta de jurisdicción y competencia *ad hoc*”¹⁰² de la Resolución Definitiva que la Comisión abordó estas cuestiones.

En su Escrito de Manifestaciones, Telcel señaló que la Comisión no tiene competencia para la tramitación del procedimiento, debido a que Telcel, carece de legitimación

⁹⁹ Folio 16335 del Expediente.

¹⁰⁰ Folio 16337 del Expediente.

¹⁰¹ Página 153 de la Resolución Definitiva en su parte conducente: “(...) v) El presente procedimiento tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y, en ese sentido, es de interés público. Una vez que legítimamente ha procedido el inicio de un procedimiento de esta naturaleza, no puede cerrarse o suspenderse por la exclusiva voluntad de un particular. Dados los elementos recabados, esta autoridad está obligada a concluirlo con la resolución correspondiente aún cuando exista desistimiento del solicitante. (...)” (Énfasis añadido)

¹⁰² Páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva.

pasiva en la causa y goza de la exclusión de la aplicabilidad de las normas de competencia económica (inmunidad ad hoc).

Al respecto, en el apartado referido la Comisión determinó:

“(…) no puede pasarse por alto o pretender desconocer la fundamentación y motivación que otorga en primer término la LFCE y, en segundo, la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones para que la Comisión sea el órgano competente para conocer respecto de los procedimientos que permitan determinar poder sustancial de mercado a determinados agentes económicos en materia de telecomunicaciones. Además, las manifestaciones de TELCEL son gratuitas ya que no explica en dónde tiene origen o justificación la inmunidad ad hoc que reclama. (…)

en cualquier caso procede advertir que el presente procedimiento, versa sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, que se establece en el artículo 33 bis de la LFCE, para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la LFT. Esta es, sin lugar a dudas, una materia que compete a la Comisión Federal de Competencia.

(…)

la calidad de concesionario está asociada al cumplimiento de las obligaciones y regulaciones previstas tanto en la legislación en la materia, como en el título de concesión correspondiente. No se trata entonces de que la Comisión se pronuncie sobre el cumplimiento de la regulación que el concesionario como tal está obligado a cumplir.

(…)

Por lo tanto, la determinación de existencia de poder de mercado efectuada en el DP, para efectos de que la Cofetel imponga o no regulación específica, no se basó en el hecho de que los agentes económicos, en este caso Telcel, cumpla o no con las disposiciones legales inherentes a las modalidades de prepago y postpago en servicios relacionados a redes móviles de telecomunicaciones, sino en el análisis efectuado en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE en los apartados IV. Mercado Relevante y V. Análisis de Poder Sustancial del DP, donde sin duda fue necesario analizar la forma en que las modalidades antes mencionadas inciden en el servicio relevante, en cuanto a su identificación y su posible sustitución.

En términos de lo anterior, ha quedado debidamente sustentada en términos del artículo 63 de la LFT la intervención de la Comisión, y desvirtuada la interpretación efectuada por Telcel respecto a que la “...Cofeco carece de atribuciones para pronunciarse sobre temas de telecomunicaciones y, además, para pretender que con supuestos argumentos en esa materia y aún por el cumplimiento de las reglas emitidas por la autoridad reguladora, se pueda seguir un procedimiento y aún declarar que persona alguna tiene poder sustancial en el mercado relevante que la hacen derivar

precisamente de esa regulación”,¹⁰³ quedando así, debidamente fundada y motivada la participación de la Comisión para determinar la existencia de poder de mercado en materia de telecomunicaciones y atendiendo en consecuencia el principio de legalidad a que hace alusión TELCEL a lo largo de su escrito de manifestaciones. (...)” (Énfasis añadido)

Posteriormente y en ese mismo apartado esa autoridad señaló:

“80. Argumenta TELCEL que el presente procedimiento no debió iniciarse “... debido a que (TELCEL), en su calidad de concesionario del servicio local móvil, carece de legitimación pasiva en la causa y, en todo caso, goza de la exclusión de la aplicabilidad de las normas de competencia económica y de la actuación de esta Comisión a ese respecto...(inmunidad ad hoc)” lo anterior atiende según TELCEL a que “...desarrolla su actividad como concesionario en virtud de los títulos de concesión que le han sido otorgados por el Gobierno Federal, de los que se da cuenta en el dictamen preliminar y, precisamente por ello, está constreñida a cumplir con lo dispuesto, desde luego en los propios títulos, así como en la ley de Telecomunicaciones, los Reglamentos de la materia y el resto de la normatividad que emita la autoridad competente”.

En conexión con lo anterior, es importante hacer notar que el poder sustancial en el mercado relevante es una situación que existe cuando se actualizan los supuestos del artículo 13 de la LFCE y los correlativos del RLFCE. (...)” (Énfasis añadido)

Telcel pretende separar el análisis que la Comisión realizó respecto de la supuesta falta de jurisdicción y competencia de los conceptos de legitimación pasiva en la causa y la consecuente inaplicabilidad de normas a Telcel por su inmunidad *ad hoc* que, a decir del Recurrente; esa autoridad no consideró, no obstante dicha separación de conceptos es imposible porque ambos son inherentes.

Del desarrollo del apartado “VI.1.13 Defensa de falta de jurisdicción y competencia *ad hoc*”, es patente que dichos conceptos sí fueron analizados, pues Telcel alega que al ser concesionario de redes públicas de telecomunicaciones y regir su actuar a la luz de la normatividad en dicha materia el Expediente, que no es otra cosa que tener legitimación pasiva y por ende inmunidad *ad hoc*, cuestiones que fueron desvirtuadas por la Comisión como consta en la transcripción realizada en párrafos anteriores.

Sin perjuicio de lo anterior, en el numeral “VI.1.3 Acuerdo de 4 de abril de 2008” de la Resolución Definitiva, la Comisión señaló:

“(...) El presente procedimiento fue iniciado con fundamento en el artículo 33 bis de la LFCE, el cual establece que “cuando las disposiciones legales... prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de...existencia de poder sustancial en el mercado relevante, (...) la Comisión emitirá...a petición de parte

¹⁰³ Folio 15702 del Expediente.

afectada... la resolución que corresponda. (...) se estará al siguiente procedimiento...". Así, el artículo 63 de la LFT establece que "La Secretaría (SCT) estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información." Por tanto, el iniciar un procedimiento en el que se investigue y determine la existencia de condiciones de poder sustancial, es una facultad de la CFC, independientemente de que el sector o industria en el cual se circunscriba la investigación sea un mercado regulado como señala Telcel y, en tal virtud, no existe impedimento legal para lo anterior. Más aún, tampoco existe la invasión de competencias que alega Telcel, en virtud de que la determinación de condiciones de existencia de poder sustancial es una facultad exclusiva de la Comisión Federal de Competencia, y no existe impedimento legal para que tal investigación y determinación, en su caso, sea realizada en un sector regulado, y en donde los agentes económicos que participan en el mismo sean concesionarios de una red pública de telecomunicaciones y, en tal sentido, de forma alguna se realizan determinaciones de índole exclusiva conforme a las facultades de la Cofetel o de la SCT, aunado al hecho de que el agente económico manifestante tampoco establece qué cuestiones no son de competencia o especialidad de la CFC, en el presente asunto. (...)"¹⁰⁴ (Énfasis añadido)

Por lo expuesto, son **infundados** los argumentos tendientes a acreditar que esa autoridad no se pronunció sobre la supuesta legitimación en la causa e inaplicabilidad de normas por la supuesta inmunidad *ad hoc* de Telcel.

e) Objeción de documentos que Telcel hizo valer en su Escrito de Manifestaciones y defensas. Que esta omisión es la de mayor relevancia, si se aprecia que es con base en una de esas documentales que se pretende desestimar la defensa de falta de legitimación activa e improcedencia de la solicitud y denuncia que hizo valer Telcel.

Sobre la omisión en el estudio de la objeción de documentos formulada en el Escrito de Manifestaciones, el argumento es **fundado** pero **insuficiente**. Si bien es cierto que la Comisión omitió entrar al estudio de la objeción de documentos formulada por Telcel en la Resolución Definitiva,¹⁰⁵ la misma no alcanza a desvirtuar el contenido de

¹⁰⁴ Página 37 de la Resolución Definitiva.

¹⁰⁵ En las páginas 155 y 156 del Escrito de Manifestaciones, Telcel manifestó lo siguiente:

"D. objeción de pruebas y documentos. Para todos los efectos de ley, objeto el contenido, alcance y valor probatorio de todos y cada uno de los documentos o elementos a que se alude en el dictamen preliminar, tanto los obtenidos *motu proprio* por la Cofeco cuanto los que hubieran sido presentados por otros agentes económicos y demás que obran en el expediente citado al rubro. --- Los elementos, documentos, opiniones y escritos obtenidos de otros procedimientos que se tramiten o se hubieren tramitado ante esta Comisión no pueden hacer prueba en perjuicio de mi mandante, pues además de que es ilegal e inconstitucional que se obtengan pruebas de esa manera como se ha dicho antes en este escrito, lo cierto es que únicamente constituyen impresiones u opiniones parciales, que se sacan de contexto y se han utilizado en forma arbitraria, caprichosa y por demás inmotivada para pretender dar

las documentales que existen en el Expediente, ya que dicha objeción redundante en una mera manifestación genérica.

Tal como se desprende de la objeción formulada en las manifestaciones de Telcel, dicho agente económico no indica de forma precisa qué documentos son los que objeta y las razones por las cuales no pueden desprenderse los extremos que de ellos deriva la Comisión. Es manifiesta la variedad de documentales que obran en este Expediente y cada documento tiene una finalidad distinta, de ahí que resulte necesario que Telcel indique cómo es que los documentos que refiere arrojan un resultado distinto a las conclusiones de la Comisión.¹⁰⁶

Asimismo, en su Escrito del Recurso, al final de este argumento Telcel únicamente refiere "(página 64/231 de la resolución)"; al respecto, de la lectura de dicha página se desprende la mención de diversos documentos a los cuáles posiblemente ahora Telcel refiere son los documentos que aparentemente objetó en su Escrito de Manifestaciones. No obstante, dicha inserción resulta **inoperante por novedoso**, toda vez que el Escrito de Manifestaciones era el momento oportuno para que Telcel especificara qué documentos en particular estaba objetando y sus motivos, y no en el recurso de reconsideración. Además, la mera cita de la página de la Resolución no es suficiente, pues no se puede saber si Telcel se refiere a la totalidad de los documentos que ahí se mencionan o sólo a algunos de ellos.

2.4. Que la resolución es ilegal porque existe una falacia o petición de principio. Telcel argumenta que la Comisión señala los argumentos de Telcel son infundados y que no se demostró lo que la manifestante debía haber demostrado, en virtud de ello no se trata que un procedimiento regido bajo el principio dispositivo, se dice

sustento a lo que esta Comisión ha querido desde el inicio del procedimiento. --- Además, se objeta el alcance y valor probatorio de los documentos que provienen de terceros cuya personalidad no se demostró y que no habían sido llamados al procedimiento, así como la veracidad, autenticidad y contenido de aquellos que solamente contienen manifestaciones unilaterales de agentes interesados, opiniones que nada pueden probar en perjuicio de Telcel y que carecen de medio comparativo que pudiese corroborar su veracidad o eficacia. --- Ante la falta de ofrecimiento de los medios de prueba que, en su caso, se pudiesen haber perfeccionado los distintos elementos aportados, ha operado para esa autoridad, la preclusión procesal. --- Por tanto, ante la falta de soporte probatorio, el dictamen preliminar carece de validez y eficacia jurídicas. --- En virtud de lo manifestado en los párrafos que anteceden, para acreditar la presente objeción bastarán como pruebas la instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana, que ofrezco para todos los efectos de ley."

¹⁰⁶ Sirve de sustento a lo anterior los siguientes criterios judiciales: "**DOCUMENTOS PRIVADOS, OBJECION A LOS.** Si a través de la objeción se trata de invalidar la fuerza probatoria de un documento, es necesario señalar la causa en que se apoya y demostrarla, para de este modo hacerlo ineficaz para sus fines; pues, la simple manifestación de que se objete un documento privado es insuficiente en absoluto para restarle el valor probatorio que pueda corresponderle." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Agosto de 1996; Pág. 423. I.3o.C. J/8, Registro: 201,598, y "**DOCUMENTOS PRIVADOS, PARA NEGARLES VALOR PROBATORIO, NO BASTA LA SIMPLE OBJECION, SINO QUE DEBEN SEÑALARSE LAS CAUSAS EN QUE LA FUNDE Y DEMOSTRARLAS.** Para negarles valor probatorio a los documentos privados no basta con que una de las partes se limite a decir "Que carece de eficacia probatoria", sino, que deben señalarse las causas en que se funde la objeción y demostrarse, para que tales documentos carezcan de eficacia probatoria al aparecer algún vicio que lo haga inútil." Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 74, Febrero de 1994; Pág. 80. XX. J/53, Registro: 213,354.

que es un procedimiento bajo normas de interés general, como se pretende que la carga probatoria corresponda a Telcel.

Según la Comisión, el principio dispositivo opera para perjudicar al que tiene que defenderse, pero no respecto de quien lo acusa. Siendo un procedimiento de orden público, la Comisión pretende que se busque la verdad formal. Si la naturaleza del procedimiento es la que pretende la Comisión, no se puede relevar de probar sus afirmaciones y que impute la carga de la prueba a un particular, porque la autoridad está obligada a buscar la verdad real, no la formal. No hay posibilidad de un principio dispositivo en esos términos, contrario a lo que pretende la Comisión.

Respecto a que la Comisión tiene la obligación de buscar la verdad y sin embargo arroja la carga probatoria a Telcel, el argumento es inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel no señala cómo es que los indicios derivados de los elementos de prueba que obran en el expediente de origen tendrían una conclusión distinta a la que determinó la Comisión en la Resolución Definitiva.

2.5. Que la CFC asumió el papel de contraparte de Telcel, lo que hace que en forma infundada e inmotivada dejare de actuar sólo como autoridad, para convertirse en parte interesada y citó las siguientes partes de la Resolución Definitiva:

1. Página 12/231: *“Las manifestaciones al DP realizadas por Telcel se contestarán siguiendo los temas y subtemas especificados en su escrito correspondiente. De igual forma, los aspectos abordados que, por su relación directa, igualdad y/o repetición en diversas secciones del escrito, serán contestados en un solo argumento, relacionando las manifestaciones que correspondan... Por otro lado, no se contestan las manifestaciones sobre constitucionalidad, legalidad y validez de las disposiciones legales y reglamentarias que sustentan este procedimiento y el DP...”*

2. Página 24/231: *“En relación con el presente apartado, Telcel realizó diversos señalamientos a los antecedentes del Dictamen Preliminar, respecto de ellos no procede realizar contestación particular, en virtud de que únicamente relacionan de forma general los antecedentes de mérito... No obstante lo anterior, y de forma repetitiva, realizan algunas manifestaciones con relación a dichos antecedentes, mismos que se contestan a continuación.”*

3. Página 26/231: *“Tal manifestación de Telcel, se contesta en forma en el numeral VI.1.6 consecuente de la presente resolución.”*

4. Página 70/231: *“Por otro lado, Telcel realiza diversas manifestaciones correspondientes al presente apartado, las cuales son contestadas de forma general como sigue...”*

5. Páginas 98 y 99/231: *“En cuanto a las manifestaciones realizadas en torno a la supuesta falta de motivación del apartado 3 del Dictamen Preliminar, relativo a la determinación de un grupo de interés económico, es de señalarse que esta manifestación fue contestada en los apartados VI.1.18 y VI.1.19... de la presente resolución.”*

6. Página 51/231: *“En suma, las razones y señalamientos expresados en los incisos anteriores desvirtúan lo argumentado por Telcel respecto a la indebida e insuficiente fundamentación y motivación del requerimiento de información y documentos, así como de los reiteramientos al mismo, y el carácter con el que se le requirió lo anterior a Telcel dentro del presente procedimiento.”*

En cuanto al papel de contraparte que aparentemente la Comisión asumió respecto a Telcel, el argumento es inoperante por no ser manifiesta la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas o trascienda al sentido de la Resolución Definitiva. Además, y contrario a lo pretendido por el Recurrente, de lo descrito por el mismo sólo se desprende que la Comisión analizó cada uno de los puntos sometidos a consideración por Telcel.

En efecto, con unos cuantos ejemplos Telcel pretende acreditar que la Comisión asumió un papel de contraparte cuando la intención de toda resolución consiste en analizar sus argumentos, es decir, consiste en dar respuesta o solución a las pretensiones esgrimidas ante la autoridad situación que en forma alguna le causa perjuicio a Telcel si se analizaron todas sus defensas y pruebas y se resolvió en términos del artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE y conforme a las constancias del Expediente.

III.3 Tercer concepto de agravio: Variación de la litis.¹⁰⁷

La atención al presente numeral se realiza en estricto cumplimiento a la Ejecutoria, según lo señalado en el apartado II.1 de la presente resolución de la presente resolución.

Conforme a lo anterior y en cumplimiento a la Ejecutoria, este Instituto procede a estudiar a fondo el argumento de la recurrente, atendiendo a los lineamientos establecidos en la misma resolución judicial. Las manifestaciones del Recurrente fueron expresadas en el siguiente sentido:

3.1. Expresa que la Resolución Definitiva es ilegal y violatoria de los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo de la LFCE; 55, y 56 del RLFC, así como de los principios de congruencia, precisión y eficiencia establecidos en los artículos 222, 348 y 349 del CFPC de aplicación supletoria, toda vez que la CFC varió la materia del procedimiento después de su inicio y del emplazamiento al afectado.

¹⁰⁷ Páginas 93 a 114 del Escrito del Recurso.

Que la Resolución Definitiva es ilegal porque excedió la materia del Dictamen, colocando a Telcel en estado de indefensión, y que en términos del artículo 33 bis de la LFCE el Dictamen Preliminar constituye el acto mediante el cual la CFC fijaba la materia de la litis y la daba a conocer públicamente para que los agentes económicos que pudieran tener un interés pudieran manifestarse al respecto.

A juicio de la Recurrente el artículo 55, fracción IV del RLFCE¹⁰⁸ establece expresamente que “ (...) los interesados deben referirse a los hechos expresados en el dictamen preliminar y deben adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo”, pues sólo los hechos de tal Dictamen pueden constituir su materia.

Conforme a lo anterior, Telcel, señala:

“35. El análisis de competencia implica la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan las empresas anteriormente presentadas.”

*“123. La evolución de las tarifas refleja las estrategias de los operadores durante el periodo indicado. Las tarifas de Iusacell fueron ligeramente superiores o similares a las de Telcel entre 2003 y 2006, pero muestra una reducción más pronunciada en 2007 como resultado de su fusión con Unefon. Telefónica cambia de manera importante su estrategia competitiva durante el periodo al pasar de la tarifa más alta en 2003 a una de las más bajas en 2007. A la inversa, *— que registró la*— tarifa más*— en 2003, registró la más*—en 2007.”*

“143. La disminución de costos unitarios durante el periodo analizado le ha permitido a Telcel reducir sus tarifas al mismo tiempo de incrementar su utilidad de operación, tanto en valores absolutos como en proporción sobre sus ingresos. La disminución de tarifas ante una reducción en costos unitarios es un comportamiento que se podría observar en distintas estructuras de mercado, por ejemplo, en los mercados competidos y en aquellos donde un agente económico cuenta con poder sustancial. Sin embargo, el incremento continuo en el margen de utilidad es menos probable en un mercado competido, en virtud de que la presión de los competidores haría difícil sostener un incremento eficiente de dicho margen.”

“220. La tarifa implícita de Telcel se redujo en 40 por ciento entre 2003 y 2007, No obstante, su margen de operación se incrementó durante ese periodo, como resultado de una disminución aún mayor de los costos unitarios, lo que sugiere la presencia de importantes economías de escala y alcance, y la posibilidad de que las tarifas para los usuarios pudieran haber sido aún menores.”

Con la transcripción anterior la Recurrente pretende demostrar que, con el contenido y la emisión del Dictamen, la CFC fijó la Litis y su postura en torno a la substanciación que debía seguirse en el procedimiento tramitado en el Expediente, limitado a los

¹⁰⁸ *ARTÍCULO 55.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:*

(...)

IV. Los interesados deben referirse a los hechos expresados en el dictamen preliminar y deben adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo;

(...)”

hechos contenidos en el Dictamen y sobre los cuales tenía que referirse el agente económico afectado (Telcel) en el ejercicio de su defensa.

La Recurrente señala que, en forma arbitraria e ilegal al emitir la Resolución Definitiva, se enteró por primera vez y sin derecho de audiencia que la CFC había alterado los hechos y elementos expresados en el Dictamen y con ello la materia del procedimiento, por lo que a su juicio los siguientes cambios no son meramente cosméticos sino sustanciales, para tales fines señala los párrafos de la Resolución Definitiva siguientes:

" 150. El análisis de competencia implica la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan las empresas anteriormente presentadas. Lo anterior es así debido a que las empresas citadas están vinculadas con otras empresas y toman decisiones comunes que inciden en el mercado relevante."

"238. La evolución de las tarifas durante el periodo indicado se puede resumir de la siguiente manera: la de Telcel se caracteriza por una reducción continua y relativamente homogénea de su tarifa implícita a lo largo del periodo 2003-2007. Las tarifas de Iusacell siguen un nivel y patrón similar al de Telcel entre 2003 y 2006, pero muestran una reducción más pronunciada en 2007 como resultado de su fusión con Unefon. Telefónica cambia de manera importante su estrategia de tarifas durante el periodo comprendido entre los años 2003 y 2005, la tarifa implícita de Telefónica fue la más elevada y no registró cambios importantes; después de 2005 se reduce considerablemente para convertirse en 2007 en una de las tarifas más bajas. Por último, Nextel también registró una reducción relativamente homogénea de sus tarifas a lo largo del periodo, pero esta fue de una magnitud menor al resto de los operadores, de tal forma que su tarifa implícita en 2007 fue la mayor entre todos los operadores, a pesar de que había registrado la segunda tarifa más baja en 2003."

"258. La disminución de costos unitarios durante el periodo analizado le ha permitido a Telcel reducir sus tarifas al mismo tiempo de incrementar su utilidad de operación, tanto en valores absolutos como en proporción sobre sus ingresos. El incremento sostenido en el margen de operación ha ocurrido a pesar de las estrategias de tarifas del resto de los operadores. Por ejemplo, la importante disminución de la tarifa implícita de Telefónica de más de 50 por ciento en 2006 y en 2007, en nada alteró el incremento sostenido del margen de utilidad de Telcel, ni la estrategia de tarifas que mantuvo durante todo el periodo, como se muestra en la gráfica 1.B y la tabla 8 del DP conjuntamente. La disminución de tarifas ante una reducción en costos unitarios es un comportamiento que se podría observar en distintas estructuras de mercado, por ejemplo en mercados competidos y en aquellos donde un agente cuenta con poder sustancial. Sin embargo, la posibilidad de que estas condiciones se observen en un mercado competido es muy baja cuando adicionalmente se observa un incremento continuo en el margen de operación y reducciones importantes en los precios relativos de los competidores. En cambio, el conjunto de estas condiciones permite señalar que Telcel detenta capacidad para fijar precios."

"332. La tarifa implícita de Telcel se redujo de manera continua y relativamente homogénea entre 2003 y 2007. No obstante, su margen de operación se incrementó durante ese periodo, como resultado de una disminución aún mayor de los costos unitarios.

El incremento continuo de su margen de operación así como los altos niveles de participación de mercado que Telcel mantuvo durante todo el periodo analizado no son congruentes con la existencia de un mercado competido al tomar en cuenta que simultáneamente se registró una reducción importante en las tarifas relativas de sus competidores. Estas condiciones sugieren, por el contrario, capacidad de fijar precios sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.”

El siguiente párrafo es uno de los cuáles versa la Ejecutoria y que el Primer Tribunal señala en la misma que, la CFC no se pronunció y se refiere a la variación del mercado. Telcel alegó que por si los cambios de los párrafos anteriores no fueran poco, el párrafo referido lo deja en indefensión y es el que altera la materia, la causa la posible razón de ser y el fin del procedimiento:

“339. Para efectos del establecimiento de la regulación específica que, en su caso, corresponda al agente con poder sustancial de mercado, se debería considerar la eficiencia relativa de imponer regulación al servicio final en comparación con la regulación aplicable a los insumos y elementos que pudieran ser la causa del poder sustancial en el servicio final. Lo anterior implica que la variable a regular no sería necesariamente el precio del servicio final, sino aquellas variables asociadas a insumos críticos y a mejorar el acceso al mercado.”

Asimismo, que en el anexo 1 de la Resolución Definitiva se agregó lo siguiente:

“El propio Poder Judicial ha emitido nuevos criterios –sustentados en diversas tesis y ejecutorias- para definir el concepto de grupo de interés económico y los elementos que esta Comisión debe considerar para su análisis, mismos que se citan a continuación: (se citan criterios)

De las tesis de jurisprudencia anteriormente citadas se advierte que el Poder Judicial de la Federación, ha establecido que esta Comisión Federal de Competencia, puede determinar que existe un grupo de interés económico cuando logra vincular a un conjunto de personas físicas y morales, que a pesar de la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas, de manera subyacente comparten vínculos de tipo comercial, organizativo, económico, jurídico, y coordinan sus actividades verticalmente- comportándose como una sola unidad económica-, para lograr un determinado objetivo común en los mercados.”

La Recurrente considera que la simple inclusión de dichos criterios es indebida y lesiva de los derechos de Telcel que queda en indefensión.

Considera que si los argumentos que motivaron los cambios fueran fundados entonces la autoridad tendría que haber reconocido sus fallas del Dictamen Preliminar a ese respecto y dejarlo insubsistente, para, en su caso, iniciar o seguir otros procedimientos que considerase adecuado. Si en realidad se trata de respetar la defensa que a partir de lo dicho en ese dictamen plantea mi mandante, entonces en este expediente sólo se podía reconocer tal situación y abstenerse de emitir una declaratoria que buscare subsanar los errores o insuficiencias del Dictamen Preliminar.

La Recurrente considera que las inclusiones apuntadas varían lo fijada en el Dictamen Preliminar, pues en contra de lo que entonces se estableció, ahora se pretende que habría cierta conducta en quienes integran el grupo de interés económico que integra Telcel y que ha encontrado sustento jurisprudencial antes no citado. Alega, igualmente, que todo lo apuntado resulta ilegal y excede la materia del procedimiento según quedó fijada en el Dictamen Preliminar, pues ahora la Resolución Definitiva se refiere a elementos, personas y cosas que no fueron expresadas ni incluidas en aquél.

Los argumentos de la recurrente son infundados en atención a las siguientes consideraciones:

Es infundado lo relativo a los cambios alegados por Telcel al comparar los párrafos 35, 123, 143 y 220 del Dictamen con los párrafos 150, 238, 250 y 332 de la Resolución Definitiva. Lo anterior, debido a que no existe variación a la Litis.

En el mismo sentido, Telcel pasa por alto que el Dictamen Preliminar y la Resolución Definitiva no tienen la misma naturaleza jurídica y, por ende, tampoco podrían tener el mismo contenido a la letra. El Dictamen Preliminar expresa los elementos con los que la autoridad considera pueden llevar a la conclusión de que existe poder sustancial, que no existen condiciones de competencia efectiva o algún término análogo. La Resolución Definitiva es la conclusión que se alcanza de los elementos contenidos en el Dictamen Preliminar y aquellos aportados por los agentes económicos que demuestran que tienen interés en el asunto, es decir, alcanza conclusiones definitivas sobre el contenido del Expediente. Por ello, las variaciones en el texto de un documento y otro, por sí mismas, no pueden llevar a la conclusión de que la Litis fue variada.

Considerar que las conclusiones del Dictamen Preliminar deben ser las mismas que las de la Resolución Definitiva, se traduciría, necesariamente, en un prejuzgamiento. Sobre esa premisa, a pesar de que Telcel no identifica explícitamente las supuestas variaciones, es preciso indicar que los supuestos cambios o variaciones que pueden presentarse entre el texto del Dictamen Preliminar y la Resolución Definitiva, de manera alguna exceden la Litis fijada por el Dictamen Preliminar. A efecto de evidenciar lo anterior, se realiza un comparativo de los párrafos señalados por Telcel:

Párrafos DP	Párrafos Resolución Definitiva	Elementos Comunes
35. El análisis de competencia implica la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan las empresas anteriormente presentadas.	150. El análisis de competencia implica la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan las empresas anteriormente presentadas. Lo anterior, es así, debido a que las empresas citadas están vinculadas con otras empresas y toman	Ambos párrafos se refieren a que para el análisis en materia de competencia económica es necesario identificar grupos de interés económico. Por lo que <u>no</u> existe diferencia o variación de la Litis entre un párrafo y otro. Por lo que hace al hecho que "las empresas citadas están

Párrafos DP	Párrafos Resolución Definitiva	Elementos Comunes
	decisiones comunes que inciden en el mercado relevante.	<p><i>vinculadas con otras</i>” es preciso señalar que no se trata de una variación de la Litis, sino que se trata de una conclusión propia de la Resolución Definitiva y su naturaleza.</p> <p>Es de explorado derecho que los grupos de interés económico están integrados por personas con intereses económicos y financieros afines. Sin embargo, eso es una cuestión de derecho y no un hecho sujeto a controversia. Por lo tanto, no existe variación alguna a la Litis.</p>
<p>123. La evolución de las tarifas refleja las estrategias de los operadores durante el periodo indicado. Las tarifas de lusacell fueron ligeramente superiores o similares a las de Telcel entre 2003 y 2006, pero muestra una reducción más pronunciada en 2007 como resultado de su fusión con Unefon. Telefónica cambia de manera importante su estrategia competitiva durante el periodo al pasar de la tarifa más alta en 2003 a una de las más bajas en 2007. A la inversa, *---⁶ que registró la *--- tarifa más *--- en 2003, registró la más *--- en 2007.</p>	<p>238. La evolución de las tarifas durante el periodo indicado se puede resumir de la siguiente manera: la de Telcel se caracteriza por una reducción continua y relativamente homogénea de su tarifa implícita a lo largo del periodo 2003-2007. Las tarifas de lusacell siguen un nivel y patrón similar al de Telcel entre 2003 y 2006, pero muestran una reducción más pronunciada en 2007 como resultado de su fusión con Unefon. Telefónica cambia de manera importante su estrategia de tarifas durante el periodo comprendido entre los años 2003 y 2005, la tarifa implícita de Telefónica fue la más elevada y no registró cambios importantes, después de 2005, se reduce considerablemente para convertirse en 2007 en una de las más bajas. Por último, Nextel también registró una reducción relativamente homogénea de sus tarifas a lo largo del periodo, pero esta fue de una magnitud menor al resto de los operadores, de tal forma que su tarifa implícita en 2007 fue la mayor de entre todos los operadores, a pesar de que había registrado la segunda tarifa más baja en 2003.</p>	<p>El párrafo hace referencia a la evolución de tarifas durante el periodo investigado.</p> <p>Como se puede apreciar, los párrafos refieren que lusacell tuvieron un comportamiento entre 2003 y 2006. También se puede apreciar que la reducción más pronunciada en las tarifas de este operador se da a partir de su fusión con Unefon en 2007. Ambos párrafos coinciden y llegan a las mismas conclusiones.</p> <p>Ambos párrafos señalan que Telefónica “cambia de manera importante su estrategia de tarifas. Ambos refieren que las tarifas de Telefónica fueron de las más altas en 2003 y llegó a ser de las más bajas en 2007.</p> <p>A pesar de que fue testado en la versión del Dictamen Preliminar a la que tuvo acceso Telcel, las conclusiones sobre Nextel son consistentes entre el Dictamen Preliminar y la Resolución Definitiva. La tarifa de Nextel fue la más baja en 2003 y en 2007 fue la más alta.</p> <p>Finalmente, el hecho de que las tarifas de Telcel se tomen en</p>

Párrafos DP	Párrafos Resolución Definitiva	Elementos Comunes
		<p>consideración y contrasten con las demás en modo alguno implica una variación a la Litis, sino un simple ejercicio para llegar a la conclusión requerida para la Resolución Definitiva.</p> <p>Finalmente, el hecho de la disminución de las tarifas de Telcel se consideró tanto en el Dictamen Preliminar (párrafo 220), como en la Resolución Definitiva, como puede advertirse del párrafo transcrito.</p>
<p>143. La disminución de costos unitarios durante el periodo analizado le ha permitido a Telcel reducir sus tarifas al mismo tiempo de incrementar su utilidad de operación, tanto en valores absolutos como en proporción sobre sus ingresos. La disminución de tarifas ante una reducción de costos unitarios es un comportamiento que se podría observar en distintas estructuras de mercado, por ejemplo en los mercados competidos y en aquellos donde un agente económico cuenta con poder sustancial. Sin embargo, el incremento continuo en el margen de utilidad es menos probable en un mercado competido, en virtud de que la presión de los competidores haría difícil sostener un incremento eficiente de dicho margen.</p>	<p>258. La disminución de costos unitarios durante el periodo analizado le ha permitido a Telcel reducir sus tarifas al mismo tiempo de incrementar su utilidad de operación, tanto en valores absolutos como en proporción sobre sus ingresos. El incremento sostenido en el margen de operación ha ocurrido a pesar de las estrategias de tarifas del resto de los operadores. Por ejemplo, la importante disminución de la tarifa implícita de telefónica del más de 50 por ciento en 2006 y en 2007, en nada alteró el incremento sostenido del margen de utilidad de Telcel, ni la estrategia de tarifas que mantuvo durante todo el periodo, como se muestra en la gráfica 1.B y la tabla 8 del DP conjuntamente. La disminución de tarifas ante una reducción en costos unitarios es un comportamiento que se podría observar en distintas estructuras de mercado, por ejemplo en los mercados competidos y en aquellos donde un agente económico cuenta con poder sustancial. Sin embargo, la posibilidad de que estas condiciones se observa en un mercado competido es muy baja cuando adicionalmente se observa un incremento continuo</p>	<p>La primera oración de ambos párrafos es prácticamente idéntica por lo que no puede haber variación a la Litis alguna.</p> <p>La segunda frase del párrafo 143 del DP deja en claro que ese comportamiento puede corresponder a estructuras de mercado competidas o en las que hay un agente con poder sustancial. Como se advierte, la frase se toma tal cual en la Resolución Definitiva. Por lo que no puede alegarse una variación a la Litis.</p> <p>La segunda y tercera frase no hacen más que retomar el hecho asentado en el párrafo 123 del DP sobre la disminución de tarifas de Telefónica hacia el 2007. Asimismo, se advierte que la idea de que Telcel ha incrementado su margen de utilidad se retoma de los mismos párrafos 143 y 220 del DP, por lo que no puede haber una variación de la Litis.</p> <p>El hecho de que la estrategia de Telcel se mantuvo constante durante el periodo de 2003 a 2007 proviene de elementos del DP como la Tabla 8, por lo que no existe variación a la Litis.</p>

Párrafos DP	Párrafos Resolución Definitiva	Elementos Comunes
	<p>en el margen de operación y reducciones importantes en los precios relativos de los competidores. En cambio, el conjunto de estas condiciones permite señalar que Telcel detenta capacidad de fijar precios.</p>	<p>Finalmente, la conclusión sobre la probabilidad de observar incrementos continuos en el margen de operación y reducciones importantes en los precios de los competidores es baja, deviene de elementos ya establecidos en el DP, como puede advertirse de sus párrafos 123 y 143. Por ello, no existe variación a la Litis, sino que únicamente se expresa la conclusión propia de la Resolución Definitiva. Esta misma conclusión es la contenida en la última frase del párrafo.</p>
<p>220. La tarifa implícita de Telcel se redujo en 40 por ciento entre 2003 y 2007. No obstante, su margen de operación se incrementó durante ese periodo, como resultado de una disminución aún mayor de los costos unitarios, lo que sugiere la presencia de importantes economías de escala y alcance, y la posibilidad de que las tarifas para los usuarios pudieran haber sido aún menores.</p>	<p>332. La tarifa implícita de Telcel se redujo en 40 por ciento entre 2003 y 2007. No obstante, su margen de operación se incrementó durante ese periodo, como resultado de una disminución aún mayor de los costos unitarios.</p> <p>El incremento continuo de su margen de operación, así como los altos niveles de participación de mercado que Telcel mantuvo durante el periodo analizado no son congruentes con la existencia de un mercado competido al tomar en cuenta que simultáneamente se registró una reducción importante en las tarifas relativas de sus competidores. Estas condiciones sugieren, por el contrario, la capacidad de fijar precios sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.</p>	<p>Nuevamente puede apreciarse que la primera y parte de la segunda frases de ambos párrafos son idénticas, por lo que no puede haber variación de Litis alguna derivada de este hecho.</p> <p>El incremento continuo del margen de operación de Telcel es un elemento que ya había sido establecido en otras porciones del DP como el párrafo 143, por lo que no puede haber una modificación de Litis derivada de ese hecho.</p> <p>En lo relativo a la alta participación de Telcel en el mercado son elementos que provienen del apartado "V.I Participación de mercado" del Dictamen Preliminar, por lo que no existe variación a la Litis derivada de ese elemento.</p> <p>Por lo que hace a la reducción de importante de tarifas de sus competidores, también se trata de un elemento establecido en los párrafos 122 y 123 del Dictamen Preliminar. Por lo tanto, no puede haber una modificación a la Litis derivada de estos elementos.</p>

Párrafos DP	Párrafos Resolución Definitiva	Elementos Comunes
		La última frase del párrafo de la Resolución Definitiva es una conclusión propia de su naturaleza y, como se aprecia de su redacción, deviene de la consideración de los elementos enunciados con anterioridad. Por ende, no existe modificación a la Litis derivada de dicha conclusión.

Del análisis realizado a las transcripciones con las que Telcel pretende demostrar una variación a la Litis, se advierte que la Litis nunca fue excedida y que las conclusiones del Resolución Definitiva emanan, necesariamente, de elementos establecidos en el Dictamen, de ahí que resulten **infundados** los argumentos de Telcel sobre la variación de la Litis derivada de los párrafos transcritos.

Es preciso aclarar que el Dictamen Preliminar no es de naturaleza definitiva pues, como su nombre lo dice, se trata de una determinación “*preliminar*”, sujeta a las manifestaciones y pruebas aportadas por los interesados y los elementos de convicción que al efecto se allegue la autoridad durante el procedimiento, los cuales deberán ser tomados en consideración al momento de emitir la resolución correspondiente.¹⁰⁹ Del análisis que realice la autoridad de estos elementos, puede llegar a una conclusión que sí tendrá el carácter de definitiva.

En el mismo sentido, es importante aclarar también que el procedimiento de declaratoria no es un procedimiento sancionatorio o que tenga el efecto de privar a los interesados de un bien o derecho. Es decir, no se trata de una manifestación de la potestad punitiva del Estado. Así, los elementos ofrecidos por los agentes económicos

¹⁰⁹ En el procedimiento en materia de competencia, se pueden distinguir tres etapas: investigación, manifestaciones y reconsideración. Cada etapa tiene un objetivo distinto; pero su fin último es el mismo: determinar las condiciones que guarda un determinado mercado. En la etapa de investigación, la Comisión recaba los elementos probatorios para efecto de emitir un fallo preliminar (Dictamen), con el que se dará vista a los agentes interesados. Una vez emitido el Dictamen, los agentes podrán realizar las manifestaciones que consideren pertinentes sobre las conclusiones preliminares de la Comisión y allegarla de elementos probatorios adicionales que le ayuden a comprender la situación que hecho que impere en el mercado, la importancia de esta etapa radica en que sólo los agentes participantes en el mercado cuentan con la información completa del mismo. Finalmente, luego de escuchar a los interesados, la Comisión estará en aptitud de generar sus conclusiones definitivas, las cuales pueden ser combatidas mediante el recurso de reconsideración, donde pueden presentarse elementos de prueba relacionados con los extremos supervenientes o aquellos que no hayan sido considerados en el Dictamen.

En el presente caso, todos los agentes estuvieron en aptitud de pronunciarse respecto a los hechos que consideraron no pudieron manifestarse en sus manifestaciones al Dictamen, por no haber sido ahí tratadas. A pesar de ser distintos los objetivos de cada etapa, existe unidad en cuanto al procedimiento que se instruye; de ahí que no exista limitación alguna en perjuicio de Telcel, quien pudo aportar elementos probatorios o realizar las manifestaciones que considerara pertinentes respecto a los puntos contenidos en la Resolución Definitiva que no fueran analizados en el Dictamen.

con interés en el procedimiento no deben ser entendidos como pruebas de descargo, pues no se privará a los agentes con interés de un bien o derecho. En la misma inteligencia, el Dictamen Preliminar tampoco es una imputación que, de no ser desvirtuada, resultará en una sanción.

La materia de los procedimientos de declaratorias no es la responsabilidad de los agentes económicos de prácticas contrarias a la LFCE, sino que su materia son los mercados y sus características estructurales. Es decir, el fin del procedimiento es alcanzar una conclusión sobre el mercado y su estructura a efecto de que la autoridad competente determine si debe establecer o no regulación específica para remediar las cuestiones estructurales encontradas, lo cual dista mucho de determinar una responsabilidad por haber incurrido en una infracción a la ley. Esta característica del procedimiento se ve reforzada con el proemio del artículo 33 bis de la LFCE al establecer a la letra que cuando "(...) *deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante y otros términos análogos (...)*", se seguirá el procedimiento establecido por el propio artículo.

En este sentido, el procedimiento substanciado en el Expediente únicamente tiene la finalidad resolver sobre condiciones de mercado; por lo que, cuando este Instituto (y anteriormente la CFC) deba resolver u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, dicho procedimiento tiene por objeto únicamente determinar las condiciones de competencia que prevalecen en uno o más mercados relevantes y **no está dirigido a investigar ni sancionar la realización de alguna de las conductas prohibidas por la LFCE**, ni imponer regulación asimétrica o específica.

Es decir, aún en caso de que se confirme la Resolución Definitiva y declarare la existencia de un agente económico con poder sustancial, el alcance del **procedimiento substanciado en el Expediente del Recurso no incluye la imposición de medidas u obligaciones específicas a este agente económico**, mismas que en su caso, correspondían en ese entonces, a la hoy extinta Cofetel. Actualmente son una atribución de este Instituto, pero no son materia del presente procedimiento, sino de uno diverso.

Sobre esas premisas, la conclusión contenida en el párrafo 339 de la Resolución Definitiva en manera alguna excede la Litis del procedimiento ventilado en el Expediente. A la letra, el párrafo comentado es del tenor literal siguiente:

*"339. Para efectos del establecimiento de la regulación específica que, en su caso, corresponda al agente económico con poder sustancial de mercado, se debería considerar la eficiencia relativa de imponer regulación al servicio final en comparación con la regulación aplicable a los **insumos y elementos** que pudieran ser la causa del poder sustancial en el servicio final. Lo anterior implica que la variable a regular no sería necesariamente el precio del servicio final, sino aquellas variables asociadas a **insumos críticos** y a mejorar el acceso al mercado."*

En primer lugar, cabe señalar que el párrafo 339 de la Resolución Definitiva, atiende a las condiciones del diseño institucional existente al momento en que la CFC emitió la Resolución Definitiva. En ese momento, conforme al artículo 33 bis de la LFCE, correspondía a la CFC la determinación de existencia de un agente económico con poder sustancial de mercado, y en términos de los artículos 9-A, fracción XI y 63 de la LFT, la Cofetel era la autoridad competente para decidir sobre el inicio del procedimiento diverso cuyo propósito era el de resolver sobre la procedencia para establecer obligaciones específicas a ese agente económico.

Como se aprecia de la literalidad del párrafo 339, la Resolución Definitiva no excede el mercado, ni la Litis, ni la materia del procedimiento en virtud de que esa conclusión tiene el carácter de una observación **no vinculante** que la entonces autoridad de competencia emite para el entonces órgano regulador del sector. Bajo el marco normativo e institucional aplicable a este procedimiento, la CFC optó por comunicar una observación que la autoridad reguladora del sector, en ese momento la Cofetel, podría o no considerar para los efectos de los artículos 9-A, fracción XI y 63 de la LFT.

Asimismo, las consideraciones sobre insumos críticos y aquellos que puedan ser la causa del poder sustancial, tampoco están fuera de los alcances del procedimiento en virtud de que, por ley, los insumos deben ser considerados al momento de determinar el mercado relevante y el poder sustancial. A la letra la LFCE establece:

** Artículo 12.- Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:*

(...)

*II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus **insumos relevantes**; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;*

(...)

Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

*IV. Las posibilidades de acceso del o de los agentes económicos y sus competidores a **fuentes de insumos**;*

(...) (Énfasis añadido)

Como se aprecia de la normatividad transcrita, los insumos no pueden soslayarse al resolver sobre poder sustancial, competencia efectiva o términos análogos. Por lo tanto, la conclusión que Telcel considera ilegal encuentra su fundamento en la normatividad transcrita y no excede la Litis establecida por el Dictamen.

En todo caso, no debe perderse de vista que la expresión en el párrafo 339, que Telcel tacha de ser una variación a la Litis, ni siquiera puede considerarse como una resolución o determinación definitiva, sino que se trataba de una observación no vinculante que la CFC realizó a la Cofetel que en ese momento era la autoridad competente para decidir sobre la imposición **en su caso** de las obligaciones que correspondieran al agente económico declarado con poder sustancial de mercado. Es decir, el párrafo 339 —y en general la Resolución Definitiva— no creaba obligaciones para Telcel ni para las autoridades a las que iba dirigida. Como se aprecia del propio texto, la Resolución Definitiva está expresada en términos condicionales, como la regulación que “*en su caso*” corresponda sobre los insumos que pudieran ser la causa de poder sustancial en el servicio final.

Como ha quedado señalado en párrafos precedentes, en el presente asunto correspondía a la CFC emitir la Resolución Definitiva y comunicarla a la Cofetel, para que ésta a su vez determinara lo procedente en un procedimiento diverso.

Ahora bien, conforme al Decreto Constitucional, actualmente el IFT es la autoridad de competencia económica y el regulador en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. En esta autoridad recaen las facultades para determinar la existencia de un agente económico con poder sustancial, y para determinar lo procedente respecto del procedimiento diverso para **en su caso** decidir sobre la imposición de obligaciones específicas a ese agente.

En ese contexto, la conclusión del párrafo 339 debe entenderse como una consideración que observa la relación entre los insumos y el mercado en el que se estudia la existencia de un agente económico con poder sustancial de mercado, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 13 de la LFCE.

Es **infundado** lo señalado por la Recurrente sobre un cambio en la Litis fijada por el del anexo 1 del Dictamen Preliminar mediante la inclusión de criterios judiciales emitidos en forma posterior al inicio del procedimiento. En concreto, dicha inclusión no puede entenderse como una variación de los hechos materia del procedimiento.

Tampoco puede entenderse como una variación de la Litis porque la inclusión de criterios judiciales no modifica los hechos materia del procedimiento. Esto es, la inclusión de criterios judiciales no puede entenderse como la integración de nuevos elementos de hecho sobre los cuales un agente con interés se deba pronunciar. Es decir, la inclusión de los criterios por sí misma no se traduce en alguna modificación sobre la estructura del grupo al que pertenece Telcel. Los criterios judiciales incluidos no se tradujeron en la modificación de la estructura accionaria que fue considerada para determinar que Telcel formaba parte de un grupo económico. De hecho, la

estructura accionaria considerada para tales efectos tanto en el Dictamen, como en la Resolución Definitiva es exactamente la misma. Asimismo, las conclusiones sobre el Grupo de Interés Económico del que Telcel forma parte son exactamente las mismas en el Anexo 1 tanto en el Dictamen Preliminar como en la Resolución Definitiva.

Por lo tanto, si Telcel estimaba que no formaba parte de dicho Grupo de Interés Económico, pudo haber ofrecido pruebas para tales efectos. Tuvo oportunidades para ello tanto al pronunciarse sobre el Dictamen, como en el Escrito del Recurso promovido en contra de la Resolución Definitiva. La inclusión de las tesis de manera alguna coartó la posibilidad que tenía para defenderse en contra de los elementos de hecho que fueron tomados en consideración para determinar el Grupo de Interés Económico. En ese sentido, vale la pena que sólo los hechos son materia de prueba y no así el derecho.¹¹⁰

En esa inteligencia, la materia de la discusión, los elementos de hecho que llevaron a concluir que Telcel forma parte de un grupo económico, nunca fue variada. La tenencia accionaria, el elemento para determinar la pertenencia al grupo, en ambos casos fue exactamente la misma.

Por otra parte, la inclusión de los criterios judiciales de los que se duele Telcel no constituye una aplicación retroactiva de los mismos, así como tampoco un mejoramiento del criterio para definir grupos de interés económicos. Telcel pierde de vista que tanto en el Dictamen, como en la Resolución Definitiva se tomó en consideración lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 169/2007. Incluso, en ambos documentos comentados se aplicaron y transcribieron las mismas porciones de lo resuelto en ese amparo en revisión. A la letra, se tomaron las siguientes porciones:

"(e)s factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes"

"las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad fundamental de establecer un control legal efectivo sobre las grandes corporaciones que dominan el sistema económico. Estas corporaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común." (Énfasis añadido)

Ahora bien, la conclusión que se desprende de los criterios judiciales comentados de la Resolución Definitiva, mantiene los elementos considerados del amparo en revisión

¹¹⁰ Sirve de apoyo el artículo 86 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE de conformidad con el artículo 34 bis. A la letra: "Artículo 86.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho."

169/2007 de la Primera Sala de la SCJN, por lo que no existe la variación reclamada con su inclusión. La conclusión desprendida de los criterios judiciales reclamados en la Resolución Definitiva a la letra fue:

“De las tesis de jurisprudencia anteriormente citadas, se advierte que el Poder Judicial de la Federación, ha establecido que esta Comisión Federal de Competencia, puede determinar que existe un grupo de interés cuando logra vincular a un conjunto de personas físicas o morales, que a pesar de la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas, de manera subyacente comparten vínculos de tipo comercial, organizativo, económico, jurídico y coordinan sus actividades verticalmente –comportándose como una sola unidad económica-, para lograr un determinado objetivo común en los mercados” (Énfasis añadido)

De ambas citas, es posible desprender que el criterio para determinar a un grupo económico tiene los siguientes elementos:

- i) Un conjunto de personas físicas o morales.
- ii) Que coordinan sus actividades.
- iii) Con un interés u objetivo común, ya sea financiero, económico o en el mercado.

Por lo anterior, es factible concluir que los elementos para considerar que determinar la existencia de un grupo de interés económico no varió con motivo de la cita de los criterios judiciales. Refuerza esta conclusión el hecho de que vínculos considerados para considerar que una diversidad de personas coordinan sus actividades con un fin común son idénticos en los incisos a) a i) del Dictamen Preliminar¹¹¹ y en los incisos a) a i) la Resolución Definitiva.¹¹²

Finalmente, los criterios citados tampoco pueden tener un efecto retroactivo. Es preciso aclarar que previo a los criterios judiciales citados en el Anexo 1 de la Resolución Definitiva no había criterios judiciales sobre la definición de Grupo de Interés Económico o técnicas de levantamiento del velo corporativo. Por el contrario, el único criterio que había era aquel contenido en la ejecutoria del amparo en revisión 169/2007 de la Primera Sala de la SCJN que es coincidente con los criterios citados. Así, la recurrente orientó sus defensas a los mismos elementos de hecho para determinar el Grupo de Interés Económico al que pertenecía, así como también a los criterios aplicados para determinar a dichos grupos. Por tales razones es factible descartar que se haya dado un efecto retroactivo a los criterios judiciales citados.¹¹³

¹¹¹ Folio 15578 del Expediente.

¹¹² Folios 18954 y 18955 del Expediente.

¹¹³ Sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencial: ***JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.*** De acuerdo al citado principio, la jurisprudencia puede aplicarse a los actos o hechos jurídicos ocurridos

Por lo expuesto, resulta infundado el agravio planteado por la Recurrente.

3.2. Que se dejó a Telcel en estado de indefensión por cuanto se refiere a la definición del mercado relevante, porque según el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE, "*el mercado materia de la declaratoria*" no puede variar dentro del mismo procedimiento.

Que, en primer lugar, el procedimiento inició a petición de parte, que fue la causa eficiente que indebidamente detonó e inició el procedimiento. Que en la solicitud el mercado señalado como materia de procedimiento fue el "*mercado de provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final*". Y al emitir el Dictamen Preliminar y la Resolución Definitiva, la CFC modificó ese mercado relevante materia de la solicitud como "*mercado de servicios de telefonía móvil a nivel nacional*", lo cual a su juicio es improcedente pues si la definición propuesta por el Solicitante era indebida o inexacta entonces su solicitud debía desecharse.

Lo mismo sucede con el acuerdo de inicio del procedimiento que en términos de la LFCE es el mercado materia de la declaratoria. En conclusión, arguye que el mercado relevante que se define y expresa en la Resolución Definitiva es distinto al mercado materia de la declaratoria por el cual se inició el procedimiento administrativo y por lo tanto es ilegal.

Como se reconoció en el párrafo 32 del Dictamen, la publicación que se haga en el DOF del extracto del acuerdo de inicio debe contener "*el mercado materia de la declaratoria*", lo que implica que tal mercado no puede variar dentro del mismo procedimiento, en términos del propio artículo 33 Bis fracción III, de la LFCE.

Lo cierto es que como se dijo al formular manifestaciones en este procedimiento y como se desprende de las actuaciones del Expediente, la definición de mercado relevante que se intentó en el Dictamen y que se pretende confirmar en la Resolución Definitiva resulta improcedente y carece de causa eficiente, pues es

con anterioridad a que cobre vigencia, siempre y cuando ello no conlleve un efecto retroactivo en perjuicio de las personas, como acontece cuando: (I) al inicio de un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional; (II) antes de emitir la resolución jurisdiccional respectiva, se emite una jurisprudencia que supera, modifica o abandona ese entendimiento del sistema jurídico; y (III) la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial impacta de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables. De ahí que si el gobernado orientó su proceder jurídico o estrategia legal conforme a una jurisprudencia anterior, siguiendo los lineamientos expresamente establecidos en ésta -ya sea para acceder a una instancia jurisdiccional, para plantear y acreditar sus pretensiones, excepciones o defensas o, en general, para llevar a cabo alguna actuación jurídica-, no es dable que la sustitución o modificación de ese criterio jurisprudencial afecte situaciones legales definidas, pues ello conllevaría corromper la seguridad jurídica del justiciable, así como la igualdad en el tratamiento jurisdiccional de las mismas situaciones y casos, con lo cual, se transgrediría el principio de irretroactividad tutelado en el artículo 217, párrafo último, de la Ley de Amparo." Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo I; Pág. 464. 2a./J. 199/2016 (10a.), Registro: 2°013,494.

resultado de una inconsistente e ilegal alteración del mercado materia de la declaratoria en términos del artículo 33 bis de la LFCE.

En primer lugar, el procedimiento inició a solicitud de parte, que esa es la causa eficiente, detonó e inició el actuar de la autoridad, en ese sentido, esa es la guía del procedimiento, por lo que en caso de que la solicitud se considere inadecuada o inexacta, la autoridad está obligada a desestimarla y cerrar el expediente respectivo.

En la solicitud de denuncia, el mercado señalado como materia del procedimiento fue *"mercado de provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final"* como se precisa en la primera hoja de la Resolución Definitiva.

Pues bien al emitir el Dictamen y después la Resolución Definitiva lisa y llanamente la Comisión modificó ese mercado relevante materia de la solicitud o denuncia presentada el veintidós de noviembre de dos mil siete al señalar que ahora había que considerar como mercado relevante el mercado de "servicios de telefonía móvil a nivel nacional", lo que es improcedente, pues si tal definición propuesta por el denunciante o solicitante resultaba indebida o inexacta entonces su solicitud debía desecharse sin más.

Hay pues en la Resolución Definitiva una evidente, grave, trascendente e injusta inconsistencia entre el mercado relevante materia de la solicitud o denuncia y el que finalmente se señaló como relevante en la Resolución Definitiva.

Lo mismo sucede con el mercado que se contempló en el acuerdo de inicio del procedimiento, que en términos de ley es el mercado materia de la declaratoria.

Las diferencias entre las tres definiciones son manifiestas y trascendentes. Por ejemplo, de la consideración solicitada se excluye al "usuario final" que aludía el denunciante en su definición, mientras se incluyen más servicios que le "servicio de voz"; por otro lado, a diferencia del auto de inicio del procedimiento, se alude al mercado relevante en singular y no en plural; se prescinde del elemento geográfico local para aludir a un nivel nacional, etc.

Que la CFC reconoció que mutó y varió el mercado materia de la declaratoria. Además, la interpretación de la CFC no tiene sustento en el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE.

Es preciso reiterar que el procedimiento substanciado en el Expediente únicamente tiene la finalidad resolver sobre condiciones de mercado; por lo que, cuando este Instituto (y anteriormente la CFC) deba resolver u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, dicho procedimiento tiene por objeto únicamente determinar las condiciones de competencia que prevalecen en uno o más mercados relevantes y

no está dirigido a investigar ni sancionar la realización de alguna de las conductas prohibidas por la LFCE, ni imponer regulación asimétrica o específica.

Así, la materia del procedimiento busca determinar un mercado relevante. En ese sentido, es pertinente hacer énfasis en el contenido del artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE citado por la recurrente. A la letra dispone:

"Artículo 33 bis.- Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, la Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del Ejecutivo Federal. En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento:

(...)

III. El Secretario Ejecutivo dictará el acuerdo de inicio y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación. (...)" (Énfasis añadido)

Por su parte, el mercado relevante, como se desprende del artículo 12 de la LFCE, sólo puede determinarse considerando los criterios contenidos en las fracciones del propio artículo. A la letra:

"Artículo 12.- Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:(...)" (Énfasis añadido)

Así, es factible concluir que el mercado y el mercado relevante no son conceptos equivalentes. Ya que el mercado relevante sólo puede obtenerse a partir de la ponderación de los criterios del artículo 12 de la LFCE. El artículo 33 bis, fracción III de la LFCE no se refiere a un mercado relevante, sino simplemente a un mercado en sentido genérico.

El mercado relevante es un concepto jurídico indeterminado que proviene de un análisis complejo que sólo puede ser construido por la autoridad en materia de competencia con la evidencia de la que dispone.¹¹⁴ Sobre esa premisa, no es posible

¹¹⁴ Sirve de apoyo el siguiente criterio judicial que se cita parcialmente, en aras de una exposición breve: **"MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** (...) 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. (...)" Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Octubre de 2008; Pág. 2225. I.4o.A. J/75, Registro: 168,609.

hablar de mercado relevante sino es con evidencia que se obtenga de una indagatoria. Resulta indiscutible que la publicación en el DOF con el mercado materia de la declaratoria tiene por objeto obtener la evidencia necesaria para determinar un mercado relevante, el hecho de que el propio artículo 33 bis, fracción III de la LFCE establece que tiene por objeto que cualquier persona pueda coadyuvar con la investigación.

Así, al inicio de una indagatoria, es imposible hablar de mercado relevante, sino sólo de un mercado cuyo funcionamiento será investigado para estar en posibilidad de realizar la valoración compleja necesaria para determinar un mercado relevante. Por lo tanto, no puede haber una variación de la Litis entre el mercado referido en el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE y el mercado relevante que se defina en el Dictamen Preliminar o la Resolución Definitiva. Lo anterior, porque sólo se puede definir un mercado relevante a partir de la evidencia de la que se allegue la autoridad.¹¹⁵

La cita de este criterio judicial tampoco sería retroactiva, en virtud de que no había criterios judiciales sobre la determinación de mercado relevante en contra a la fecha de inicio del procedimiento. Lo anterior, a la luz de la jurisprudencia cuyo rubro a la letra es: "**JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.**" Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo I; Pág. 464. 2a./J. 199/2016 (10a.), Registro: 2°013,494.

¹¹⁵ Sirven de apoyo los siguientes criterios judiciales: (i) "**MERCADO RELEVANTE. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, DEBE DEFINIRSE EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).** El precepto citado establece un procedimiento que tiene una fase de investigación, iniciada de oficio o a petición de parte afectada, en la que la autoridad emite un acuerdo de inicio, cuyo extracto se publica en el Diario Oficial de la Federación, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona coadyuve en el desarrollo de la investigación correspondiente (fracción III); una vez concluida, si se obtienen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, procede la emisión de un dictamen preliminar (fracción V); con el que inicia una segunda fase, en la que intervienen agentes económicos con interés para manifestar y demostrar lo que a su derecho convenga (fracción VI); hecho lo anterior, la autoridad deberá emitir la resolución correspondiente (fracción VII); momento en el que se define el mercado relevante y, en su caso, la existencia de poder sustancial. Consecuentemente, el mercado materia de la declaratoria a que se refiere la fracción III del artículo citado y que se indica en el acuerdo de inicio, debe entenderse bajo un concepto genérico de mercado en el que se desarrolla la investigación y, con base en el que, al emitir la resolución definitiva, se delimitará el mercado relevante, que es un concepto técnico y específico disímil del concepto de mercado genérico." (Énfasis añadido) Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 8, Julio de 2014; Tomo II; Pág. 1176. I.2o.A.E.5 A (10a.), Registro: 2°007,032. (ii) "**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,

Finalmente, por lo que hace a los argumentos relacionados con la conclusión contenida en la página 339 de la Resolución Definitiva, es preciso reiterar lo establecido en la primera parte del presente apartado. Por lo anterior, deberá tenerse por reproducido como si a la letra se insertase.

Por lo expuesto, deviene infundado el agravio que se contesta.

III.4 Cuarto concepto de agravio: Carencia de causa eficiente¹¹⁶

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

El Recurrente alega que la Resolución Definitiva en el Expediente carece de causa eficiente, que la “denuncia” que le dio origen es improcedente y debió decretarse el cierre del Expediente.

III.4.1 El Solicitante de la declaratoria carece de legitimación en la causa.

Que el Solicitante no actúa en lo personal como usuario de los servicios que presta Telcel, sino como representante de diversas empresas como Telefónica Móviles y Pegaso.

En primer lugar, el Solicitante contrató el plan de servicios con Telcel ocho días antes de presentar la solicitud de declaratoria. En segundo lugar, del texto de la solicitud y su anexo dos no se desprende riesgo o efecto alguno al usuario, sino simples quejas por temas relacionados con los competidores de Telcel y particularmente Telefónica, concretamente referidos a tarifas de interconexión. En tercer lugar, no hay vínculo entre el usuario que contrató Telcel y la regulación que se pretende. Que la solicitud o denuncia es un acto simulado y es un fraude a la ley.

El solicitante del procedimiento efectivamente exhibió un único contrato (que no acreditó como usuario o consumidor) que se refiere en específico a la prestación de un servicio en una región celular. Ello limita su situación de “parte afectada” y por ello, al no poder ser parte afectada en cuando menos 8 de las 9 regiones

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 competencia 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.” Localización: (TA); 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXII, Julio de 2013; Tomo 1; Pág. 1120. 2a. LII/2013 (10a.), Registro: 2’004,049.

La cita de estos criterios judiciales tampoco sería retroactiva, en virtud de que no había criterios judiciales sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento tramitado en términos del artículo 33 bis de la LFCE. Este criterio es el primero que describe esa naturaleza, por lo que no puede aducirse que había interpretaciones anteriores en un sentido diverso. Lo anterior, a la luz de la jurisprudencia cuyo rubro a la letra es: “**JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.**” Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo I; Pág. 464. 2a./J. 199/2016 (10a.), Registro: 2’013,494.

¹¹⁶ Páginas 114 a 154 del Escrito del Recurso.

celulares, la denuncia o solicitud es improcedente en relación con un mercado relevante que las incluyera.

Que al ser una persona que celebró un contrato con un distribuidor de Telcel, según consta en la foja 28 del Expediente, el Solicitante manifestó que *“Telcel realiza prácticas comerciales que favorecen a sus usuarios, pero a la vez encarecen artificiosamente los costos de los competidores...”*, con lo que es evidente que ninguna afectación sufre, sino que, por el contrario, confiesa recibir beneficios. Que solamente la CFC puede solicitar la declaración respectiva y no el particular.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente se constriñe a repetir textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral *“VI.1.11. Improcedencia de la denuncia (falta de legitimación activa)”*¹¹⁷ de la Resolución Definitiva, en el que señaló lo siguiente:

- Contrariamente a lo afirmado por Telcel, el Solicitante cumplió con los supuestos relativos a los atributos que debe tener conforme la legislación de la materia para solicitar el inicio del procedimiento, y de esta forma, son injustificados los argumentos señalados.
- En términos del artículo 33 bis de la LFCE, el procedimiento para determinar poder sustancial en un mercado relevante puede ser iniciado a solicitud de **parte afectada**. Al respecto, en la fracción I, inciso a), del artículo 54 del RLFCE se establece que se debe considerar como parte afectada a *“los usuarios o consumidores del bien o servicio de que se trate”* (énfasis añadido). La anterior definición de parte afectada es la que debe tomarse en consideración cuando un solicitante del procedimiento relativo a determinar la existencia de condiciones de poder sustancial en el mercado relevante acuda ante la autoridad en materia de competencia.
- En el Expediente existen documentos que acreditan que el solicitante: **(i)** es cliente y/o usuario de Telcel, en términos de la copia certificada del contrato de prestación de servicios firmado por el Solicitante del presente, con un distribuidor de los servicios que ofrece Telcel;¹¹⁸ **(ii)** los servicios a que se refiere el contrato, de acuerdo a la definición que del mismo se establece en las declaraciones del mismo, corresponde a *“la prestación del servicio local fijo y móvil”*, uno de los que Telcel declara prestar al amparo de los títulos de concesión que le fueron otorgados por el Gobierno Federal, en el contrato de prestación de servicios referido. Así se advierte que el Solicitante presentó evidencia para demostrar que es parte afectada conforme a la normatividad de competencia, única demostración que debe realizar el solicitante de procedimiento para acreditar que tiene legitimación activa para solicitar el inicio del presente Expediente. (Énfasis añadido)

¹¹⁷ Páginas 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

¹¹⁸ Folios 5 y 6 del Expediente.

- Por otra parte, respecto a las cuestiones relativas a que el Solicitante actuó como representante de diversas empresas del denominado grupo Telefónica, lo que se demuestra con cuestiones como la temporalidad del contrato de prestación de servicios suscrito ocho días previos a la solicitud del inicio del presente procedimiento; que no existe "riesgo o efecto alguno al usuario" derivado de su escrito de solicitud del procedimiento y su anexo 2; sobre la inexistencia de vínculo alguno entre el solicitante y la "regulación que se pretende"; que en el escrito se hayan señalado diversas personas y un domicilio vinculados a un despacho (firma) de abogados vinculado a Telefónica; que bajo criterios temporales no puede considerarse al Solicitante como usuario y, que por haber contratado los servicios que proporciona Telcel únicamente en la región 9, se excluye a las regiones 1 a 8, la modalidad de prepago y que todo ello no abarca el servicio que contempla en su solicitud, se señala que **todas las anteriores situaciones** que manifiesta Telcel son cuestiones que, independientemente de su veracidad, **no necesitan ser tomadas en consideración para acreditar el interés de los agentes económicos para presentar una solicitud de inicio del procedimiento previsto en el artículo 33 bis**, en virtud de que, de conformidad con lo que establece la normatividad de competencia, los requisitos que deben presentarse son los siguientes:

"ARTÍCULO 55.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:

I. Las solicitudes a petición de la autoridad respectiva o de parte afectada, en términos de la fracción I, deberán comprender, entre otra, la siguiente información y documentación:

a) Nombre, denominación o razón social del solicitante y los elementos que acrediten el carácter con el que actúa en términos del artículo 54 de este Reglamento;

b) Original o copia certificada del documento o instrumento con el que acredite la personalidad que contenga las facultades de representación legal, de conformidad con las formalidades establecidas en la legislación aplicable;

c) Domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas para tales efectos, así como teléfono, correo electrónico u otros datos que permitan su pronta localización;

d) Los elementos y las razones que justifiquen la necesidad de la declaratoria, y

e) Los elementos que permitan determinar en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley el mercado relevante y el poder sustancial de mercado o las condiciones de competencia. Estos elementos deberán ser proporcionados en los términos del cuestionario que la Comisión emitirá y publicará en su sitio de Internet y en el Diario Oficial de la Federación."

- **Cumpliendo los requisitos anteriores, no ha lugar a no tener por acreditada la legitimación activa del solicitante**, ni a desechar o tener por no presentada la

solicitud de inicio del procedimiento, situación por la que no puede considerarse que Telcel se vea afectado, en virtud de que un procedimiento como el de la especie implica la verificación o investigación de un mercado para identificar si existen condiciones de poder sustancial en el mismo, y no se ventilan intereses particulares como lo pretende hacer ver Telcel.

- Esto es, tales señalamientos respecto a las cuestiones que deberían verificarse al solicitar un procedimiento en términos del artículo 33 bis de la LFCE, independientemente de que no son requisitos a cumplir al solicitarlo, tampoco demuestran una situación ilegal “*que no produce efectos jurídicos*”, ya que **si el Solicitante del multicitado procedimiento es una persona física que acude únicamente a nombre propio, y cumple los requisitos de ley, no existe de tal forma la “ilógica y sospechosa, presumiblemente maliciosa y simulada” solicitud, e incluso, ni que constituya “un acto simulado que pretende esconder el acto real consistente en la verdadera denuncia que habrían presentado en contra de mi mandante las empresas antes mencionadas (Telefónica)”, ya que era el “interesado real” quien dio lugar al inicio del procedimiento, siendo que el sólo hecho de que se cumplan los requisitos legales para iniciar el procedimiento como el que nos ocupa, implica la obligación de iniciarlo.**
- Más aún, el inicio del presente procedimiento no puede suponer una denuncia como lo sostiene Telcel, toda vez que, suponiendo sin conceder, que la solicitud de inicio del procedimiento para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante pudiera ser considerada así, ello no implicaría, *per se*, que un agente económico en particular lo detente, ya que la resolución deriva del procedimiento de investigación que al efecto se inicie, de los elementos que dentro del mismo se alleguen al expediente por los agentes económicos que al efecto coadyuven en la misma y de los elementos que en uso de las facultades de investigación la Comisión obtenga, además de los que, emitido el Dictamen correspondiente, presenten los agentes económicos que demuestren su interés en el asunto, por lo cual no pueden ser tomadas en consideración las aseveraciones vertidas por Telcel al respecto.
- Asimismo, la prueba confesional a cargo del Solicitante ofrecida por Telcel para sustentar las manifestaciones anteriores se desahogó debidamente y se valoró de conformidad con la normatividad aplicable. Respecto de la misma, se estimó probada la manifestación de Telcel en torno al carácter que detenta el solicitante como apoderado legal de las empresas Pegaso PCS, S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V., Movitel del Noroeste, S.A. de C.V. y Telefonía Celular del Norte. No obstante, **no puede otorgársele el alcance que pretende Telcel a la prueba confesional,** respecto a que en el presente asunto acudió en nombre y representación de las citadas empresas, por todas las razones que se exponen en el apartado “IX. Prueba Confesional”¹¹⁹ de la Resolución Definitiva.

¹¹⁹ Páginas 152 a 154 de la Resolución Definitiva.

- Por otra parte, y respecto del argumento relativo a que el Solicitante únicamente acreditó ser cliente y usuario final del servicio de telefonía local móvil en la región 9, y que ello excluye a las regiones 1 a 8, únicamente se hace el señalamiento de que tal situación es incorrecta, siendo que tal aseveración supone que la facultad para determinar un mercado relevante correspondería al solicitante del procedimiento, en su caso, y no a la autoridad, cuestión que no se puede sostener desde el punto de vista de las facultades establecidas en la legislación de competencia económica. Incluso tal aseveración dejaría sin razón de ser la etapa de investigación de un procedimiento como el de la especie, ya que lo alegado por Telcel presupone que, desde la solicitud de inicio de un procedimiento, se tendría un conocimiento pleno de las condiciones prevalecientes en un mercado. Se reitera, que la determinación del mercado relevante es una facultad de la autoridad en materia de competencia, y que el momento procesal oportuno para pronunciarse al respecto coincide con la emisión del dictamen y la resolución correspondiente, no con el acuerdo de inicio.
- Por último, y a manera de abundamiento, si la ahora manifestante considera la existencia de un “*fraude a la ley*”, y que existan elementos que permitan demostrar actos simulados que no produzcan efectos jurídicos y que, por tanto, se han contravenido normas jurídicas en tal sentido, puede hacer valer los derechos que considere afectados, en la vía y jurisdicción correspondiente, siendo que la Comisión es una autoridad administrativa encargada de la protección del 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 en tal virtud, no tiene facultades para pronunciarse en ese sentido.

III.4.2 Que el Pleno de la CFC no tomó en consideración los argumentos de Telcel.

La CFC no consideró que a partir de las actuaciones del Expediente y las relativas al expediente DC-006-2007, se acredita la falta de legitimación del Solicitante y todas sus implicaciones y consecuencias.

Su argumento es **inoperante por ser una manifestación genérica**. El Recurrente se limita a señalar que no se tomaron en cuenta las actuaciones del Expediente, sin especificar cuáles ni en qué sentido robustecerían la postura de Telcel.

Respecto al primer auto emitido en el expediente DC-006-2007, el Recurrente únicamente indica que es de medular importancia en el asunto pues a partir de él se acredita la falta de legitimación del Solicitante, sin algún otro razonamiento más que su propio dicho.

Sin perjuicio de lo anterior, se remite al apartado “*Análisis de pruebas supervenientes*” de la presente resolución, en el cuál se realiza el análisis de las actuaciones del procedimiento DC-006-2007 y el expediente RA-037-2007, pruebas ofrecidas como

supervenientes por el Recurrente y admitidas a trámite mediante acuerdo de catorce de diciembre de dos mil doce.

III.4.3 Es falso que a la CFC no le corresponda analizar la procedencia de las denuncias

Más allá del simple cumplimiento de requisitos formales y que únicamente deba atenderse a lo que dice el Solicitante en la solicitud, la CFC debe analizar la procedencia de las denuncias. Contrario a lo que pretende la CFC, la descripción meramente formal no es lo que se desprende de los artículos 54 y 55 del RLFCE.

Su argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, pues Telcel no señala qué requisitos a su parecer la Comisión debió cumplir o qué es lo que verdaderamente se desprende de los artículos 54 y 55 de la RLFCE, más allá del cabal cumplimiento que la CFC observó de los requisitos contenidos en los artículos que cita.¹²⁰

III.4.4 La información en el expediente prueba que el solicitante no es parte afectada.

Las constancias del Expediente y manifestaciones de Telcel prueban que en realidad el Solicitante no es parte afectada y que hay confesión en autos sobre su

¹²⁰ "Artículo 54.- Para efectos de lo establecido en el artículo 33 bis de la Ley se considerará:

I. Como parte afectada:

a) A los usuarios o consumidores del bien o servicio de que se trate, o

b) A los agentes económicos que se encuentren sujetos a regulación de precios, tarifas, calidad, contraprestaciones o información, de conformidad con la legislación aplicable.

Quando no se acredite que el solicitante es parte afectada de conformidad con lo anterior, se tendrá por no presentada la solicitud;

II. Como agentes económicos con interés:

a) Los solicitantes del procedimiento que demostraron ser parte afectada;

b) Los agentes económicos a los cuales la autoridad competente les aplicaría o dejaría de aplicar la regulación respectiva, o

c) Los usuarios o consumidores del bien o servicio al que se aplicaría o dejaría de aplicar la regulación respectiva.

Artículo 55.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:

I. Las solicitudes a petición de la autoridad respectiva o de parte afectada, en términos de la fracción I, deberán comprender, entre otra, la siguiente información y documentación:

a) Nombre, denominación o razón social del solicitante y los elementos que acrediten el carácter con el que actúa en términos del artículo 54 de este Reglamento;

b) Original o copia certificada del documento o instrumento con el que acredite la personalidad que contenga las facultades de representación legal, de conformidad con las formalidades establecidas en la legislación aplicable;

c) Domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas para tales efectos, así como teléfono, correo electrónico u otros datos que permitan su pronta localización;

d) Los elementos y las razones que justifiquen la necesidad de la declaratoria, y

e) Los elementos que permitan determinar en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley el mercado relevante y el poder sustancial de mercado o las condiciones de competencia. Estos elementos deberán ser proporcionados en los términos del cuestionario que la Comisión emitirá y publicará en su sitio de Internet y en el Diario Oficial de la Federación." (Énfasis añadido)

verdadero carácter. Que Telcel aportó elementos de descargo que la CFC dejó de apreciar.

Sus argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas. Telcel no indica qué constancias o manifestaciones prueban su dicho o qué elementos fueron aquéllos que la Comisión dejó de apreciar y cómo ello hubiera cambiado el sentido de la Resolución Definitiva.

Además, respecto de la confesión que señala, efectivamente mediante el desahogo de la prueba ofrecida por Telcel a cargo del Solicitante, se estimó probada la manifestación de Telcel en torno al carácter que detenta como apoderado legal de diversas empresas; sin embargo, no tuvo el alcance pretendido por Telcel, en virtud que el Solicitante en este procedimiento en particular no acudió ante la Cofeco como representante legal de empresa alguna y acreditó ante la Comisión cumplir con los requisitos previstos en el artículo 55 del RLFCE.

De ser cierto lo señalado por Telcel, implicaría que ninguna persona que haya sido representante legal de alguna empresa en cualquier procedimiento llevado a cabo ante la Comisión o esta autoridad pudiera hacer uso de la facultad que le confiere la LFCE para acudir, por su propio derecho y a título personal, a solicitar el inicio de un procedimiento como parte afectada, aun y cuando cumpla con los requisitos previstos en la LFCE y su RLFCE para hacerlo.

Además, Telcel no acredita cómo es que, contrario a lo señalado por la Comisión, el haber celebrado un contrato de servicios no le da al Solicitante la calidad de usuario ni consumidor del mismo. En este sentido, si la celebración de un contrato de prestación de servicios surte efectos desde el momento de su firma, no es claro cómo es que Telcel pretende que el Solicitante debió acreditar el uso o consumo de los servicios que contrató por un tiempo determinado.

III.4.5 Que son infundadas e improcedentes las consideraciones de la CFC sobre la naturaleza del acto inicial y sus efectos respecto del agente denunciado (sic).

Su argumento es inoperante por ser una manifestación genérica y gratuita, al no explicar las razones por las que estima que son infundadas o improcedentes las consideraciones que se vertieron en la Resolución Definitiva¹²¹ en torno a que el acto que detona el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE no se trata de una denuncia, toda vez que, el hecho de que exista una solicitud para determinar la existencia de poder sustancial de algún agente económico no significa que automáticamente éste último detente dicho poder sustancial.

Se reitera que, una vez iniciado el procedimiento, la autoridad hace uso de su facultad de investigación para allegarse de todos los elementos posibles que le permitan llegar a la verdad y determinar si el mencionado agente económico tiene o no poder

¹²¹ Páginas 65 y 66 de la Resolución Definitiva.

sustancial en el mercado relevante que se haya definido, sin que exista una sanción en términos del artículo 35 de la LFCE, como pudiera ocurrir en el procedimiento previsto en el artículo 33 de la LFCE en el caso de las denuncias.

Telcel tampoco explica por qué los efectos atribuidos a este procedimiento respecto del agente “denunciado” son incorrectos ni los efectos que, según su parecer, serían los que se producen de acuerdo con la LFCE, lo que hace imposible el análisis de su agravio.

III.4.6 La resolución definitiva es resultado de un procedimiento iniciado, tramitado y resuelto a partir de una solicitud o denuncia improcedente.

a) El procedimiento del DC-008-2007 es improcedente porque la solicitud no proviene de una autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones que en términos del texto y espíritu del artículo 63 de la LFT, sería la única legitimada para hacerlo. La CFC hace una interpretación forzada de ese artículo.

Que la definición de si el procedimiento podría iniciarse o no a petición de parte afectada o de oficio por la CFC no queda a decisión de la LFCE, sino de la LFT en su artículo 63 que, además, es la norma especial que rige la interpretación del artículo 33 bis de la LFCE y que prevalece sobre la general en caso de conflicto. La existencia de la LFCE es instrumental.

Que la CFC no puede regular nada, ni emitir obligaciones específicas. Si acaso puede formular algún tipo de declaratorias, ellas no pueden hacerse consistir en regulaciones. Que la CFC pretende que existan dos reguladores sobre los mismos temas.

La primera parte de su argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, debido a que insiste en que la única forma de iniciar el procedimiento de declaratoria de poder sustancial es a través de la solicitud del órgano regulador, pero no se señala porqué considera que la CFC interpretó forzosamente ese artículo.

La segunda parte de su argumento es infundado, pues lo manifestado por Telcel es incorrecto como se explica a continuación:

El artículo 33 bis de la LFCE claramente establece que “*Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. (...) En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento: (...)*” (Énfasis añadido).

De lo anterior se desprende que el procedimiento referido tiene lugar cuando la legislación establece la necesidad de que la autoridad de competencia se pronuncie sobre: competencia efectiva, existencia de poder sustancial u otros análogos.

Asimismo, la LFCE prevé tres maneras para iniciar el procedimiento de declaratoria de poder sustancial de un agente económico en un mercado relevante y no sólo una como lo pretende Telcel, esto es: **1)** la propia CFC o Instituto (oficio); **2)** a solicitud de autoridad respectiva o **3)** a solicitud de parte afectada. En consecuencia, es **infundado** que únicamente la Cofetel pudiera iniciar el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE.

Por su parte, el artículo 63 de la LFT se establece que:

*“La Secretaría estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, **que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica**, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información. (...)”* (Énfasis añadido)

Para efectos del inicio de procedimiento de declaratoria de poder sustancial, la propia LFT remite a la LFCE para su tramitación, misma que establece el procedimiento que debe seguir la Comisión en su artículo 33 bis. Es decir, es irrelevante si la LFT es la norma especial, pues esta misma norma remite a la LFCE para la determinación de poder sustancial de un agente económico determinado en un mercado relevante.

La interpretación que realiza Telcel es incorrecta, ya que la posibilidad de declarar la dominancia en mercados relativos a las telecomunicaciones compete tanto a la Comisión, como en su momento a la Cofetel, en el ámbito de facultades específicas contenidas en las normas que las rigen, sin que con ello se genere incertidumbre jurídica o duplicidad de procedimientos.¹²²

¹²² Sirve de apoyo los siguientes criterios judiciales: **(I) "COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, QUE LA FACULTA PARA DETERMINAR EL "MERCADO RELEVANTE" Y "PODER SUSTANCIAL" DE LOS CONCESIONARIOS EN ÉSTE, NO OCASIONA UNA INVASIÓN A LAS FACULTADES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PREVISTA EN LA LEY FEDERAL RESPECTIVA, NI VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. La Ley Federal de Competencia Económica, reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, aplicable a todas las áreas de la actividad económica, tiene por objeto la protección de los procesos de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios y prácticas monopólicas que impidan el correcto funcionamiento de los mercados de bienes y servicios. Ahora bien, dicho ordenamiento, en sus artículos 12 y 13, establece los criterios que deben aplicarse para la determinación del "mercado relevante", así como del "poder sustancial" que puede tener un agente dentro de éste, sin que ello signifique que la única autoridad facultada para emplear tales parámetros sea la Comisión Federal de Competencia. Por tanto, el artículo 9o.-A, fracción XI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que faculta a la Comisión Federal de Telecomunicaciones para determinar el "mercado relevante" y "poder sustancial" de los concesionarios de éste, en términos de la Ley Federal de Competencia Económica, no ocasiona una invasión a las facultades de la Comisión Federal de Competencia, ni viola el principio de legalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que se atiende a la conveniencia de establecer las condiciones técnicas y jurídicas para que el órgano regulador en materia de telecomunicaciones pueda cumplir con sus objetivos, mediante la aplicación de las instituciones jurídicas necesarias para el correcto ejercicio de las atribuciones que tiene legalmente encomendadas y que no necesariamente deben estar**

Además, el artículo 33 bis de la LFCE faculta a la Comisión para iniciar, tramitar y resolver procedimientos de declaratoria de poder sustancial, por lo que, considerando que conforme a su artículo 1º, la LFCE es de carácter general e incide en todas las actividades económicas, incluidas las telecomunicaciones,¹²³ aunado a que el artículo 63 de la LFT previene la posibilidad que en mercados de telecomunicaciones se pueda declarar la existencia de poder sustancial,¹²⁴ se concluye que la norma

contempladas en el ordenamiento especial.” Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 959. P./J. 51/2007, Registro: 170,844, y, (II) **“COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL FACULTARLA PARA IMPONER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS A LOS CONCESIONARIOS QUE TIENEN PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.** Si se atiende a que la Ley citada, en tanto conjunto normativo especializado en la materia, busca incentivar la sana competencia entre los sujetos que brindan servicios de telecomunicaciones en beneficio de los usuarios de dichos servicios, de manera que el establecimiento de obligaciones específicas a los concesionarios que tienen poder sustancial en el mercado, encuentra justificación en la circunstancia de que cuentan con ventajas reales respecto de aquellos que no lo tienen, puesto que son capaces, en principio, de influir y modificar las condiciones en que se desenvuelve el mercado de telecomunicaciones, resulta evidente que el artículo 9o.-A, fracción XI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al facultar a la Comisión Federal de Telecomunicaciones para imponer ese tipo de obligaciones no viola el principio de igualdad constitucional.” Localización: . (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 958. P./J. 52/2007, Registro: 170,845.

¹²³ **“En estas condiciones, la Ley Federal de Competencia Económica resulta plenamente aplicable a los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones sin necesidad de darles un tratamiento diferenciado, ya que la finalidad de dicho ordenamiento, en términos de su artículo 2º, es la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios; finalidades éstas que resultan válidas tratándose de los servicios públicos de telecomunicaciones concesionados, puesto que éstos están sujetos, por disposición legal, a un régimen de libre competencia.**

Lo anterior conduce a considerar, además, **que no existe una duplicidad de funciones entre la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia,** pues mientras que la primera tiene facultades encaminadas a verificar la correcta prestación de los servicios concesionados de telecomunicaciones, **la segunda cuenta con atribuciones tendentes a la eliminación y prevención de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en este caso, el mercado de las telecomunicaciones.**” (Sentencia de primero de diciembre de dos mil cuatro dictada en el amparo en revisión 480/2004 por la Segunda Sala de la SCJN).

¹²⁴ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: **“TELECOMUNICACIONES. LA DIFERENCIA ENTRE LOS SERVICIOS DE RADIO Y TELEVISIÓN ABIERTOS CON LOS DE AUDIO Y VIDEO CERRADOS O RESTRINGIDOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** El hecho de que en las reformas en materia de telecomunicaciones efectuadas mediante el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, se hayan mantenido diferenciados los marcos regulatorios de los servicios de radiodifusión, que comprenden a la radio y televisión abiertas (objeto de regulación por la Ley Federal de Radio y Televisión), de los demás servicios de telecomunicaciones, entre ellos los de radio y televisión cerrados o restringidos (regulados en la diversa Ley Federal de Telecomunicaciones), independientemente de que con ello se colmen o no los fines perseguidos dentro del marco de convergencia tecnológica en el cual se desarrollan tanto la industria de las telecomunicaciones como la de la radiodifusión, no viola el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque dicho Decreto de reformas no representa un obstáculo para la libre concurrencia en la materia de telecomunicaciones, **ni impide la determinación de lo que pudiera considerarse mercado relevante por parte de la Comisión Federal de Competencia y el ejercicio de sus facultades de vigilancia, prevención y represión de prácticas monopólicas, pues los artículos 11, 12 y 13 de la Ley Federal de**

aplicable para determinar la legitimación activa de este tipo de procedimientos lo es la propia LFCE.

Asimismo, el propio artículo 33 bis explícitamente hace referencia a disposiciones legales o reglamentarias, entre las cuales se encuentra la LFT, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario,¹²⁵ la Ley de Aeropuertos,¹²⁶ por mencionar algunos, lo cual, confirma que el argumento de Telcel es inaplicable.

Por su parte, el hecho de que la LFCE tenga un carácter instrumental de las normas de telecomunicaciones se explica en la medida en que, para la determinación de poder sustancial, debe remitirse al procedimiento plasmado en dicho ordenamiento legal y, en atención a que la resolución que en su momento emita la Comisión constituye uno de los insumos para que el regulador esté en aptitud de determinar, o no, medidas específicas.

En cuanto al último de sus argumentos se señala que, efectivamente, la CFC no podía emitir ningún tipo de regulación ni imponer obligaciones específicas, debido a que,

Competencia Económica y 9 a 12 de su Reglamento establecen los supuestos y mecanismos a través de los cuales dicha Comisión habrá de determinar el mercado relevante, así como las condiciones que ha de cubrir un agente económico para considerar que tiene poder sustancial en dicho mercado, es decir, delimitan la fijación de los elementos esenciales para identificar la ilicitud de las prácticas anticompetitivas, advirtiéndose que la determinación de lo que constituye un mercado relevante dentro del cual uno o varios agentes económicos pueden tener poder sustancial, conlleva un análisis eminentemente técnico y económico que si bien está acotado jurídicamente, no obedece ni se realiza a partir de la mera definición formal de una actividad, de un bien o de un servicio, sino que toma en cuenta las condiciones reales en las que los bienes y servicios concurren y se intercambian en el mercado. Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 1098. P./J. 61/2007, Registro: 170,574.

¹²⁵ Misma que en su artículo 47 dispone: "**Artículo 47.-** Cuando la Secretaría, por sí o a petición de parte afectada, considere que no existe competencia efectiva, solicitará la opinión de la Comisión Federal de Competencia para que, en su caso, la Secretaría establezca bases tarifarias. Dicha regulación se mantendrá sólo mientras subsistan las condiciones que la motivaron.

Los concesionarios sujetos a tal regulación podrán solicitar a la Comisión Federal de Competencia que emita opinión sobre la subsistencia de tales condiciones.

Se considera que existe competencia efectiva cuando haya por lo menos dos prestadores de servicio ferroviario o dos modos de transporte en la misma ruta o por rutas alternativa, siempre y cuando puedan ser considerados como alternativa viable."

¹²⁶ Ley que en sus artículos 68 y 70 disponen: "**Artículo 68.-** Cuando la Secretaría, por sí o a petición de la parte afectada, considere que los servicios complementarios no reflejan condiciones adecuadas de competencia, solicitará la opinión de la Comisión Federal de Competencia para que, en su caso, se establezca regulación tarifaria o de precios."

"**Artículo 70.-** La regulación tarifaria o de precios que llegue a aplicarse, se mantendrá sólo mientras subsistan las condiciones que la motivaron. Los prestadores de servicios sujetos a regulación podrán solicitar a la Comisión Federal de Competencia que emita su opinión sobre la subsistencia de tales condiciones.

En la regulación se podrán establecer tarifas y precios máximos por el uso de bienes o la prestación de servicios específicos o conjuntos de éstos, así como mecanismos de ajuste y períodos de vigencia. Esta regulación deberá permitir la prestación de los servicios y la explotación de los bienes en condiciones satisfactorias de calidad, competitividad y permanencia."

como ya se señaló, ello era facultad de Cofetel. Sin embargo, tal argumento es **inoperante** pues el Recurrente no señala en qué parte de la resolución o del procedimiento esa autoridad impuso o trató de imponer la regulación y las obligaciones que refiere.

Contrario a lo señalado por el Recurrente, esta autoridad explícitamente determinó:

*"(...) la finalidad del presente procedimiento por parte de la Comisión **no** es revisar la normatividad aplicable a fin de señalar si la normatividad inherente a las multicitadas modalidades de "pre-pago" y "post-pago" son correctas o no y si en consecuencia debe modificarse o revocarse. Como se ha señalado, **eso es competencia de la Cofetel, quien tendrá que determinar si es necesaria la implementación de obligaciones específicas, y no de la Comisión, limitándose esta última a determinar a través del presente procedimiento si existe o no poder de mercado.** No está por demás señalar que ni en el (Dictamen), ni en la presente resolución, existe algún apartado que contenga una propuesta que señale las obligaciones específicas o reglamentación que a criterio de la Comisión, deberá considerar la Cofetel e imponer a los agentes a los que se les haya determinado poder sustancial.*

En suma, de la lectura del (Dictamen) puede concluirse que la Comisión no pretende a través del presente procedimiento pronunciarse respecto a la validez y vigencia de las disposiciones reglamentarias referentes a las modalidades citadas en los párrafos precedentes.

*Resulta errónea la apreciación de TELCEL respecto a que la intención de la Comisión, "...es que se regulen específicamente" las tarifas relacionadas a las modalidades de post pago y prepago multicitadas, ya que como se ha señalado el presente procedimiento versa exclusivamente sobre la determinación de poder de mercado, **debiendo ser la Cofetel quien, en su caso, deberá imponer obligaciones específicas respecto al tema de tarifas.** (...)"¹²⁷ (Énfasis añadido)*

Sin perjuicio de lo anterior, ténganse por reproducidos los razonamientos contenidos en el numeral "VI.1.12 Imprudencia de la solicitud o denuncia que dio inicio al procedimiento"¹²⁸ de la Resolución Definitiva.

III.4.7 El Solicitante no cumplió con los extremos que exige la normatividad.

Contrario a lo que sostiene la CFC en la página 70/231 de la resolución definitiva, el solicitante no cumplió con los extremos que exige la legislación aplicable y dicha solicitud debió ser desechada.

Su argumento es **inoperante por ser una manifestación genérica**, pues el Recurrente no aporta algún otro elemento de convicción más allá de su propio dicho para acreditar que la solicitud no cumplió con los requisitos establecidos en la LFCE, motivo

¹²⁷ Página 77 de la Resolución Definitiva.

¹²⁸ Páginas 67 a 70 de la Resolución Definitiva.

por el cual, debía ser desechada. Sin perjuicio de lo anterior, se señala que ya se analizó lo pretendido por el Recurrente en el apartado III.4.1. de esta resolución.

a) El carácter personal con que pretende actuar el promovente es insuficiente. El domicilio señalado por el solicitante para oír y recibir notificaciones es el domicilio de la firma que tiene entre sus clientes a Telefónica, lo cual es indicio claro de una simulación. La confesional del Solicitante se valoró indebidamente. La solicitud no cumplió con el requisito de aportar elementos que justifiquen la necesidad de la declaratoria. Además, que el anexo 2 no constituye un documento confiable pues no está firmado ni sustentado en otro documento exhibido por el solicitante.

Telcel se vio obligada a utilizar los términos denuncia y solicitud, porque el escrito de solicitud de declaratoria en realidad es una denuncia en su contra.

b) Que respecto al anexo dos de la solicitud, la CFC no tomó en cuenta la objeción de documentos realizada por Telcel, toda vez que no cumplía con los extremos de ley.

Respecto del inciso a), sus argumentos son **inoperantes por reiterativos**, debido a que el Recurrente se constriñe a reproducir textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones. En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.11. *Improcedencia de la denuncia (falta de legitimación activa)*"¹²⁹ de la Resolución Definitiva, y que también ya fue abordado en el numeral III.4.1. de esta resolución, por lo que se remite a dicha respuesta por economía procesal.

Respecto del inciso b) relativo a la objeción de documentos realizada por Telcel, téngase por reproducido el numeral III.2.3., inciso e), de la presente resolución.

III.5 Quinto concepto de agravio: Carencia de causa eficiente y causa final¹³⁰

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

El Recurrente señala que la Resolución Definitiva carece de causa eficiente y causa final que la sustentare o motivare debidamente, toda vez que no existe una finalidad legítima y procedente que justifique la substanciación de dicho procedimiento y la necesidad de que se resuelva si Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante. Además, que la Resolución es contradictoria, pues señala que la Cofetel es competente para decidir si emite o no obligaciones específicas, pero por otro lado se concluye que las "*deberá*" imponer (numeral 79 de la

¹²⁹ Páginas 62 a 66 de la Resolución Definitiva.

¹³⁰ Páginas 154 a 160 del Escrito del Recurso.

Resolución Definitiva).¹³¹ No se entiende tal postura, por lo que es ilegal y la deja en incertidumbre. La Comisión no se pone de acuerdo ni consigo misma.

Manifiesta que la Resolución Definitiva se contradice pues por un lado reconoce las facultades regulatorias exclusivas y excluyentes de la Cofetel, pero niega las defensas de Telcel en las que señala que es la única competente para determinar si se necesita o no emitir obligaciones y para iniciar el procedimiento.

Asimismo, que el procedimiento se ha tramitado en forma inútil, en violación al artículo 113 de la CPEUM y a los derechos de Telcel, llamada a un procedimiento absurdo. Telcel señala que según la propia Comisión su Expediente y su actuar son o pueden ser innecesarios, inútiles e ineficientes, pues en todo caso la Cofetel puede hacer caso omiso de lo que aquí se diga.

En conclusión, ante la inexistencia de un hecho y finalidad concretos como causa eficiente del procedimiento, la Comisión no estaba justificada para iniciarlo ni resolverlo; así, en reparación del agravio que se ha causado a Telcel, solicita se deje sin efecto legal la substanciación del procedimiento y la resolución que se combate.

El argumento es infundado. Tal y como se ha referido a lo largo de la presente resolución, la razón última del procedimiento de origen y, por consiguiente, de la Resolución Definitiva, conforme al artículo 33 bis de la LFCE, es investigar y analizar cuáles son las condiciones de un determinado mercado y, con las conclusiones derivadas de dicho análisis, allegar al órgano regulador de la información sobre dichas condiciones, las cuales, en caso de ser la existencia de un agente dominante, constituirán el presupuesto para que dicho órgano las analice y tome las medidas que considere pertinentes.

Incluso, la Segunda Sala de la SCJN en la contradicción de tesis número 290/2011,¹³² se pronunció en el sentido de que dicha determinación es constitutiva y produce un nuevo estado jurídico de los agentes económicos y que, por virtud de ella, la entonces Cofetel y la SCT podían ejercer las facultades previstas en los artículos 9-A, fracción XI, y 63 de la LFT, consistentes en imponer a dichos concesionarios obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información. En dicha tesitura, este procedimiento no carece de una causa final como se alega, ni es innecesario o inútil por la simple razón de que no sea vinculatoria para el regulador, pues establece la posibilidad para que dicha regulación se emita.

¹³¹ Página 77 de la Resolución Definitiva.

¹³² *"CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA INTERPONER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y 71 DE SU REGLAMENTO, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS DECLARA AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE."* Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012; Tomo 4; Pág. 3376. 2a./J. 153/2011 (9a.), Registro 160,436.

En efecto, en la página 86 de la Resolución Definitiva claramente se estableció:

“De acuerdo con los artículos 63 de la LFT, 130 a 136 de su Reglamento y, en su caso, las reglas trigésima primera y trigésima segunda de las Reglas del Servicio Local, la opinión de esta Comisión que determine la existencia de poder sustancial de un agente económico en determinado mercado, es uno de los elementos que, en su caso, tomará en cuenta la Cofetel para determinar la procedencia o no del establecimiento de obligaciones específicas al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, dentro de un procedimiento en el que está previsto el respeto a su garantía de audiencia. Cabe mencionar que la determinación de esta Comisión únicamente se establece como un requisito para que, en su caso, la autoridad reguladora establezca condiciones específicas relativas a tarifa, calidad en el servicio e información, al agente económico que detente poder sustancial en un mercado relevante.”

La determinación anterior no es contradictoria en sentido alguno con lo que manifestó la Comisión a página 77 de la Resolución Definitiva, en la que se señaló que no es objetivo de este procedimiento el “(…que se regulen específicamente” las tarifas relacionadas a las modalidades de post pago y prepago multicitadas, ya que como se ha señalado el presente procedimiento versa exclusivamente sobre la determinación de poder de mercado, debiendo ser la Cofetel quien, en su caso, deberá imponer obligaciones específicas respecto al tema de tarifas, …)”. Telcel pretende sacar de contexto lo ahí señalado, dado que no se dice que la consecuencia necesaria e inevitable de la declaratoria de poder sustancial sea la imposición de obligaciones específicas, sino que “*en su caso*” quien las impondría sería la Cofetel. Al establecer la Resolución Definitiva que en caso de considerarlo procedente ese órgano regulador sería quien determinaría la regulación que debería imponerse a quien fuera declarado con poder sustancial, lo que claramente quiere decir es que hubiese quedado dentro de sus facultades determinar tanto su procedencia, su necesidad y pertinencia a cada caso en particular.

Lejos de que dicho procedimiento y, en particular la Resolución Definitiva, generen incertidumbre, constituyen un elemento de seguridad jurídica a favor de los posibles agentes a regular, ya que se determina que, previo a la imposición de medidas, se realice una investigación y análisis que sustente las decisiones de la autoridad competente.

Por su parte, tampoco hay contradicción en la Resolución Definitiva en cuanto a las facultades que correspondían a la Cofetel y a la Comisión, pues el hecho de que se reconociera que la Cofetel era la autoridad competente tanto para establecer las obligaciones a que se refieren los artículos 9-A, fracción XI, y 63 de la LFT, como para determinar si un agente había incumplido o no con sus títulos de concesión, no quiere decir que también haya reconocido que fuese la única que podía iniciar el procedimiento establecido en el artículo 33 bis de la LFCE, ni para determinar la existencia de poder sustancial. Lo anterior es así, pues una cosa no lleva a la otra, como equivocadamente lo manifiesta Telcel, al hacer una interpretación aislada y sesgada de la normatividad de telecomunicaciones y al pretender desconocer los

postulados de la LFCE, tal y como se abordó en el numeral III..4.6 de la presente resolución.

III..6 Sexto concepto de agravio: Carencia de atribuciones y competencia¹³³

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..6.1 El Recurrente expresa que la Comisión carece de atribuciones y competencia para conocer y resolver el procedimiento.

La Resolución Definitiva es violatoria de los artículos 92, 109, fracción III y 113 de la CPEUM, 36 de la Ley Orgánica 1, 2, 3, 41, 42, 60 y 63 y demás relativos de la Ley de Telecomunicaciones y 33 bis (*contrario sensu*) de la LFCE, en virtud de que las razones para sustentar el procedimiento exceden la materia de un procedimiento en materia de competencia económica y se refiere a cuestiones regulatorias en materia de telecomunicaciones.

Que ni el Dictamen ni la Resolución Definitiva son actos propios de una autoridad en materia de competencia económica, sino de una en telecomunicaciones. Que no hay precepto legal que permita que las autoridades de la CFC se pronuncien sobre la validez, conveniencia, cumplimiento y efectos de la aplicación y cumplimiento de las Reglas del Servicio Local y las normas jurídicas emitidas, publicadas y vigentes en materia de telecomunicaciones, menos aún sobre aquellas emitidas por Cofetel en ejercicio de sus atribuciones.

De hecho, la incompetencia e impericia de la Comisión se demuestra con el insostenible análisis del mercado relevante y poder sustancial del Dictamen y la Resolución Definitiva. La Comisión no es el órgano encargado de pronunciarse en materia de telecomunicaciones.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente se constrañe a exponer textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones.¹³⁴ En específico, dichos argumentos fueron analizados por la Comisión en el numeral "VI.1.13. Defensa de falta de jurisdicción y competencia ad hoc"¹³⁵ de la Resolución Definitiva, en el cual específicamente se señaló:

- Contrariamente a lo argumentado por Telcel, la Comisión se encuentra plenamente facultada tanto en la legislación en materia de competencia como en la legislación sectorial para llevar a cabo el procedimiento, en términos de la normatividad que a continuación se señala:

¹³³ Páginas 160 a 184 del Escrito del Recurso.

¹³⁴ Páginas 67 a 81 del Escrito de Manifestaciones.

¹³⁵ Páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva.

a) El artículo 63 de la LFT señala que la SCT estará facultada para establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones siempre y cuando el o los concesionarios *“...tengan poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica...”* (Énfasis añadido), para ello, resulta necesario que dicho poder sea previamente determinado por la autoridad competente.

b) Por su parte, la fracción V, del artículo 24, de la LFCE, establece que la Comisión –ahora esta autoridad- se encuentra facultada para resolver *“sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas;”* (énfasis añadido), conforme a lo anterior, de forma expresa la LFCE facultaba a la Comisión para que resolviera entre otras cuestiones sobre la existencia de poder sustancial de mercado, independientemente de la materia de que se trate (en el presente caso, telecomunicaciones) y de que exista o no un órgano que la regule.

c) Refuerza lo anterior, la fracción XI, del artículo 9-A, de la LFT que señalaba que era atribución de la Cofetel registrar *“las tarifas de los servicios de telecomunicaciones, y establecer obligaciones específicas, relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información incorporando criterios sociales y estándares internacionales, a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica”* (énfasis añadido), reconociendo una vez más la propia legislación sectorial en materia de telecomunicaciones, la facultad que confería la LFCE a la Comisión para pronunciarse respecto al poder sustancial en el mercado que determinado agente económico pudiera tener a fin de que la Cofetel, en caso de que lo considerara procedente pudiera imponerle obligaciones específicas.

d) Asimismo, las RSL también reconocían la competencia de la Comisión sobre este particular al señalar en su Regla Trigésimaprimera que la Cofetel *“... estará facultada para establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad del servicio e información al concesionario de servicio local que, a juicio de la Comisión Federal de Competencia, tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica”*.

e) Por su parte, el artículo 33 bis de la LFCE señalaba el procedimiento específico que debía seguir la autoridad en materia de competencia para emitir, en su caso, la declaratoria respecto al poder sustancial en uno o varios mercados relevantes a que se refiere el artículo 63 de la LFT, señalando que *“cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de... existencia de poder sustancial en el mercado..., la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada, la resolución que corresponda”*. Situación que se actualiza al estar expresamente señalado en la normatividad sectorial a que se hace mención en los incisos a), c) y d) que anteceden.

Conforme a lo señalado en los incisos a) a d) anteriores, no puede pasarse por alto o pretender desconocer la fundamentación y motivación que otorgaba en primer término la LFCE y, en segundo, la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones para que la Comisión fuera el órgano competente para conocer respecto de los procedimientos que permitan determinar poder sustancial de mercado a determinados agentes económicos en materia de telecomunicaciones. Además, las manifestaciones de Telcel son gratuitas ya que no explica en dónde tiene origen o justificación la inmunidad *ad hoc* que reclama.

- Cabe precisar que en ninguna parte del Dictamen ni de la Resolución Definitiva, la Comisión interpretó las normas en materia de telecomunicaciones a fin de juzgar su conveniencia, ni mucho menos evaluar el cumplimiento de estas por parte de los agentes económicos. Asimismo, Telcel no establece la parte del Dictamen, argumento específico y/o razonamiento lógico jurídico-económico, en el que se sustenta su dicho, tomando en consideración que en parte alguna del Dictamen se determinan cuestiones que sean facultad exclusiva de la autoridad reguladora, en el caso concreto de Cofetel, y en tal sentido es falso que la Comisión se haya pronunciado respecto de *“temas como la radiotelefonía móvil con tecnología celular, los servicios que en ella se presten, las llamadas on-net, las llamadas off-net, la modalidad de prepago, la de post-pago, el alcance de las reglas respectivas y su cumplimiento por parte de los concesionarios obligados, etc.”* en los términos señalados por Telcel, esto es, desde el punto de vista de intervenir en los mismos, ya que la situación de que tales temas sean mencionados, de manera sucinta y/o amplia, en virtud de que el mercado relevante y poder sustancial se establecieron respecto de la materia de telecomunicaciones, ello no implica que la presente autoridad haya determinado cuestiones fuera de su competencia.
- El Dictamen no se limita a una serie de consideraciones sobre la manera y términos en que se prestan algunos servicios de telecomunicaciones, ya que de la simple lectura del mismo, en particular de los apartados IV. Mercado Relevante y V. Análisis de Poder Sustancial, podrá comprobarse que se realizó un análisis completo en materia de competencia económica. Para el caso del primero, según lo señala el artículo 12 de la LFCE y, para el segundo, según lo disponen el artículo 13 de la LFCE y los artículos 11, 12 y 13 del RLFCE. En segundo lugar, resulta completamente absurdo y contrario a derecho la pretensión de Telcel respecto a que sea la autoridad en materia de telecomunicaciones quien emita el Dictamen, ya que en términos de lo hasta ahora señalado, y según lo dispone el artículo 24, fracción V de la LFCE, ello es una atribución exclusiva de la autoridad en competencia.
- En suma la Comisión debía sustentar su análisis y determinaciones sobre poder sustancial en el mercado relevante, para efectos de la regulación sectorial, exclusivamente en lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 33 bis de la LFCE y correlativos de su reglamento.
- Como se ha señalado anteriormente, el presente procedimiento versa sobre la determinación de poder sustancial de mercado, atribución que en términos del

artículo 24, fracción V de la LFCE es materia de competencia económica que compete conocer exclusivamente a la autoridad correspondiente, sea cual sea la regulación sectorial involucrada. Por otro lado, cabe advertir que en términos del artículo 33 bis de la LFCE, el presente procedimiento, podrá iniciarse: **(i)** de oficio; **(ii)** a solicitud de la autoridad respectiva o, **(iii)** a petición de parte afectada, como ya se ha establecido en el numeral VI.1.12 precedente.

- Cabe advertir que la reglamentación en materia de telecomunicaciones, incluida en los artículos 24, fracción V, de la LFCE, 9A fracción XI, 63 de la LFT y en la Regla Trigésimaprimera de las RSL, preveía la actuación de la Comisión, para efectos de resolver sobre cuestiones de poder sustancial en el mercado relevante.
- Por lo demás y conforme a lo argumentado anteriormente, resulta absurda la interpretación de Telcel respecto a que la Comisión "...pretende ...declarar si la aplicación y cumplimiento de las normas que el legislador estableció en la Ley Federal de Telecomunicaciones en materia tarifaria y de las que la Cofetel ha establecido sobre las modalidades de prepago y post-pago en los servicios concesionados de redes móviles de telecomunicaciones, ha creado poder sustancial en el mercado relevante",¹³⁶ debido a que en ninguna parte del Dictamen ni de la Resolución Definitiva, la Comisión se pronunció en este sentido, ya que la Comisión carece de facultades para analizar cuestiones relacionadas con la **aplicación** y **cumplimiento** de las disposiciones legales en materia de telecomunicaciones, como lo son aquellas disposiciones inherentes a las antes mencionadas, siendo en su caso atribuciones que competían a la propia Cofetel, y de forma alguna establece Telcel el párrafo, apartado y/o numeral en que se han determinado tales cuestiones por la presente autoridad. Por otro lado, en estricto sentido, el conocimiento de los conceptos propios de la materia de telecomunicaciones no eran exclusivo de la Cofetel; incluso, la información proporcionada a la Comisión por la autoridad especializada en la materia, tanto en el presente procedimiento como en otros diversos, permite conocer el contenido y el alcance de conceptos propios de la materia de telecomunicaciones. Ello es así, toda vez que la Comisión utilizó dichos conceptos únicamente como referentes al momento de realizar el análisis que prevé la LFCE para la determinación de poder sustancial, en términos de lo dispuesto por el artículo 33 bis de la LFCE.

En realidad, el argumento esgrimido por el manifestante es tan falaz como aseverar que el análisis que hace la Comisión, por ejemplo, al determinar mercado relevante respecto de los costos de distribución de un bien -considerando fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias-, implica invadir la esfera de competencia exclusiva por especialidad de autoridades en materia de comercio exterior, por el sólo hecho de emplear términos que define la regulación específica.

- Antes de pronunciarse, la Comisión se allegó de la mayor cantidad de información disponible respecto del sector de telecomunicaciones, la cual fue relevante y

¹³⁶ Folios 15701 y 15702 del Expediente.

pertinente para el análisis que corresponde a esta autoridad: las autoridades y los agentes económicos que pueden (y que de hecho aportaron dicha información) son quienes participan efectivamente en el mercado materia de la investigación; fueron los usuarios y proveedores de los bienes o servicios, y la autoridad reguladora del sector en donde se desarrolla tal mercado, quienes proporcionaron la mayor parte de la información que sustenta la Resolución Definitiva.

- Finalmente, en cualquier caso, procede advertir que el **presente procedimiento versa sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, que se establece en el artículo 33 bis de la LFCE**, para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la LFT. Esta es, sin lugar a dudas, una materia que compete a la autoridad en competencia.
- Por otra parte, conforme al artículo 63 de la LFT, la comprobación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE, constituye un presupuesto necesario para que la Cofetel aplicara *“al concesionario de (RPT) que tenga poder sustancial en el mercado relevante, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información”*. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 63 de la LFT, señala que *“la regulación tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos el costo incremental promedio de largo plazo”* (énfasis añadido). En otras palabras, la declaratoria que emita en su caso la Comisión sobre la existencia de poder sustancial sobre el mercado relevante, puede tener como consecuencia la aplicación de regulación específica por la autoridad en la materia. No está por demás advertir que de la LFT y, en particular del capítulo IX de la misma se desprende que: i) la existencia de poder sustancial en el mercado relevante por parte de un concesionario de RPT, no constituye una infracción a dicha ley, y ii) la aplicación de las medidas regulatorias previstas en la LFT es distinta de la imposición de las sanciones previstas en esa ley; en todo caso, la imposición de sanciones a los concesionarios de RPT puede obedecer al incumplimiento de las regulaciones u obligaciones previstas en la LFT, mismas que serían impuestas por autoridad diversa a la Comisión.
- Adicionalmente, la calidad de concesionario está asociada al cumplimiento de las obligaciones y regulaciones previstas tanto en la legislación en la materia, como en el título de concesión correspondiente. No se trata entonces de que la Comisión se pronuncie sobre el cumplimiento de la regulación que el concesionario como tal está obligado a cumplir, como lo son las disposiciones legales inherentes a las modalidades de “pre-pago” y “post-pago” en los servicios concesionados de redes móviles de telecomunicaciones.
- En lo económico, es de señalarse que las telecomunicaciones, así como las demás actividades económicas sujetas a leyes sectoriales presentan condiciones estructurales que hacen necesario el diseño y la aplicación de regulaciones (generales y específicas), para la apertura de sus mercados a la competencia y

libre concurrencia, la promoción de este proceso y la protección a los usuarios y consumidores. En este contexto, **las causas o explicación** económica de las regulaciones y de los procedimientos asociados a las mismas (tales como el de poder sustancial de mercado), se encuentran en la propia estructura de los sectores en comento y de sus mercados.

- Desde una perspectiva puramente económica, la aplicación de **regulaciones generales** (por ejemplo, de aplicación a todos los concesionarios de telecomunicaciones) obedece a las características esenciales del sector y son indispensables para el proceso de competencia y la libre concurrencia, y la operación de las redes de telecomunicaciones como una sola. Por otra parte, la determinación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante por parte de un agente económico, es necesaria para asegurar que las **regulaciones específicas** (como las obligaciones en materia de precios, calidad e información previstas en el artículo 63 de la LFT) puedan aplicarse **sólo cuando exista dicha circunstancia estructural en el mercado de que se trate; es decir que exista poder sustancial de un agente económico en el mercado relevante.**
- Por lo tanto, la determinación de existencia de poder de mercado efectuada en el Dictamen, para efectos de que el regulador sectorial imponga o no regulación específica, no se basó en el hecho de que los agentes económicos, en este caso Telcel, cumpla o no con las disposiciones legales inherentes a las modalidades de prepago y pospago en servicios relacionados a redes móviles de telecomunicaciones, sino en el análisis efectuado en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE en los apartados IV. Mercado Relevante y V. Análisis de Poder Sustancial del Dictamen, donde sin duda fue necesario analizar la forma en que las modalidades antes mencionadas inciden en el servicio relevante, en cuanto a su identificación y su posible sustitución.
- En términos de lo anterior, ha quedado debidamente sustentada en términos del artículo 63 de la LFT la intervención de la Comisión, y desvirtuada la interpretación efectuada por Telcel respecto a que la *"...Cofeco carece de atribuciones para pronunciarse sobre temas de telecomunicaciones y, además, para pretender que con supuestos argumentos en esa materia y aún por el cumplimiento de las reglas emitidas por la autoridad reguladora, se pueda seguir un procedimiento y aún declarar que persona alguna tiene poder sustancial en el mercado relevante que la hacen derivar precisamente de esa regulación",*¹³⁷ quedando así, debidamente fundada y motivada la participación de la Comisión para determinar la existencia de poder de mercado en materia de telecomunicaciones y atendiendo en consecuencia el principio de legalidad a que hace alusión Telcel a lo largo de su escrito de manifestaciones.
- Conforme a lo señalado en párrafos anteriores la Comisión se encuentra plenamente facultada para llevar a cabo los procedimientos de determinación de existencia de poder de mercado, sin que la legislación aplicable imponga excepción alguna en

¹³⁷ Folio 15702 del Expediente.

cuanto a determinadas materias. Por otro lado, como se ha señalado antes, el presente procedimiento no versa sobre la imposición de medidas que puedan afectar a determinados agentes económicos derivado del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones sectoriales que los rigen. La actuación de la Comisión en el presente procedimiento se limita a determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE, misma que podría conllevar a la autoridad reguladora competente a la determinación de una regulación *ex post* relacionada con tarifas, calidad de servicio e información, que no necesariamente debe afectar a aquel agente que haya sido determinado con poder de mercado. Esto es, no porque la Comisión determine poder de mercado a un agente económico, necesariamente deberá la autoridad reguladora imponerle obligaciones que lo afecten.

- Al respecto, la Comisión considera que la apreciación de Telcel respecto a la intención de la Comisión en relación al presente procedimiento es completamente errónea y gratuita, debido a que la finalidad del presente procedimiento por parte de la Comisión no es revisar la normatividad aplicable a fin de señalar si la normatividad inherente a las multicitadas modalidades de “pre-pago” y “post-pago” son correctas o no y si en consecuencia debe modificarse o revocarse. Como se ha señalado, eso era competencia de la Cofetel, quien tendría que determinar si era necesaria la implementación de obligaciones específicas -hoy en día el Instituto-, y no de la Comisión, limitándose esta última a determinar a través del presente procedimiento si existe o no poder de mercado. No está por demás señalar que ni en el Dictamen, ni en la resolución, existe algún apartado que contenga una propuesta que señale las obligaciones específicas o reglamentación que, a criterio de la Comisión, deberá considerar a la Cofetel e imponer a los agentes a los que se les haya determinado poder sustancial.
- En suma, de la lectura del Dictamen puede concluirse que la Comisión no pretende a través del presente procedimiento pronunciarse respecto a la validez y vigencia de las disposiciones reglamentarias referentes a las modalidades citadas en los párrafos precedentes.
- Resulta errónea la apreciación de Telcel respecto a que la intención de la Comisión, “...es que se regulen específicamente” las tarifas relacionadas a las modalidades de post pago y prepago multicitadas, ya que como se ha señalado el presente procedimiento versa exclusivamente sobre la determinación de poder de mercado, debiendo ser la autoridad sectorial quien, en su caso, deberá imponer obligaciones específicas respecto al tema de tarifas.

III.6.2 Que el artículo 63 de la LFT no se desprende competencia o atribución alguna a favor de la Comisión.

Reitera que la LFCE es para el artículo 63 de la LFT un instrumento para alcanzar un fin sin que esto le atribuya competencia y que dicha instrumentalidad se reconoce en los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE.

Digan lo que digan los preceptos en materia de competencia económica, dependen de la legislación de telecomunicaciones.

Sus argumentos son inoperantes porque abundan en sus manifestaciones. Al respecto, se remite a las consideraciones realizadas tanto en numeral III..4.6 como en el numeral III..6.1 de esta resolución por economía procesal.

III..6.3 La Comisión niega que trate de interpretar normas en materia de telecomunicaciones a fin de juzgar sobre su conveniencia y evaluar su cumplimiento, lo cual es impreciso e inexacto.

Telcel señala que sí demostró con precisión las causas de ilegalidad y la CFC lo coloca en estado de indefensión. Solicita se reproduzcan diversos párrafos “y demás” del Dictamen y la Resolución Definitiva. Por último, que se hace patente el impacto de la materia regulatoria que Telcel hizo valer.

Sus argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas y porque abunda en sus manifestaciones. Esto es así porque el Recurrente se limita a señalar que la premisa de la Comisión al determinar que no interpreta normas en materia de telecomunicaciones es imprecisa e inexacta sin aportar algún otro razonamiento más que su propio dicho.

Además, Telcel señala que sí demostró las causas de ilegalidad de la Resolución Definitiva y la CFC lo colocó en estado de indefensión, sin indicar de manera precisa cuáles fueron esas causas ni cómo es que desvirtúan lo establecido en la Resolución Definitiva, para ello se limitó a referir que para “desmentir” lo resuelto por la Comisión basta la reproducción de diversos párrafos “y demás” del Dictamen y los correlativos de la Resolución Definitiva.

No obstante, no es posible entrar al estudio de su argumento, Telcel no aclara a qué argumentos se refiere al señalar dichos “demás” párrafos, motivo por el cual no se puede saber a qué pudiera referirse el Recurrente, ni cómo es que éstos estarían relacionados con cada una de sus pretensiones; por ello, era necesario que Telcel identificara de manera precisa y clara estas cuestiones.

Por otra parte, en cuanto al impacto de la materia regulatoria, Telcel insiste en que únicamente se cumple con la regulación y que, por tal motivo, no se justifica la imposición de regulación específica. No obstante, como se ha mencionado en los numerales III..5 y III..6.1 de la presente resolución, la intención del procedimiento no es determinar si la regulación general actual del sector es correcta o insuficiente, sino simplemente analizar las condiciones de mercado, a fin de determinar si existe algún agente que detente poder sustancial, lo que permitirá que, en su caso, se establezcan obligaciones específicas y, en ese sentido, se justifica la finalidad del procedimiento.

Telcel sigue sin comprender que este procedimiento no tiene por objeto sancionar a quien tenga poder de mercado, sino que pretende presentar un análisis económico

sobre un mercado determinado (en este caso en el sector de las telecomunicaciones) a efecto de que se determine la necesidad de emitir regulación específica, en aras de garantizar la eficiencia en dicho mercado.

III..6.4 El hecho que la CFC se hubiera allegado de información de Cofetel demuestra que no son temas que le corresponden.

Además, que la información de la cual se allegó la Comisión no sirve para sustentar la competencia de la CFC ni tiene valor probatorio en contra de Telcel porque no proviene de fuentes imparciales. La página 74/231 es una analogía errónea y el mercado ya está regulado por Cofetel.

En primer lugar, el hecho de que la Comisión en uso de sus facultades de investigación se haya allegado de información de un órgano regulador como Cofetel no demuestra en absoluto su falta de competencia y, en consecuencia, su argumento es **infundado**. Contrario a lo pretendido por el Recurrente, la Comisión tenía conferidas facultades de investigación que no limitan de manera alguna la materia de éstas;¹³⁸ de esta manera, la finalidad de una investigación a las que se refiere la LFCE, es precisamente allegarse elementos de convicción, analizarlos y sustentar las determinaciones de existencia o no de condiciones de poder sustancial en el mercado investigado en un principio y posteriormente en el mercado relevante, aunado a que, como se ha señalado anteriormente, el conocimiento de conceptos propios de la materia de telecomunicaciones no era exclusivo de Cofetel.

Se reitera que la competencia de la CFC en materia declaratorias de poder sustancial derivaba no sólo de la LFCE sino de la propia LFT, la cual en su artículo 63 establece que la SCT estará facultada para establecer al concesionario de RPT, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la LFCE -cuya

¹³⁸ Conforme al artículo 33 bis de la LFCE:

"Artículo 33 bis.- Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, la Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del Ejecutivo Federal. En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento: (...)

IV. El período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto y no podrá ser inferior a quince ni exceder de cuarenta y cinco días.

La Comisión requerirá los informes y documentos relevantes y citará a declarar a quienes tengan relación con el caso de que se trate: (...)

Asimismo, el artículo 61 del RLFCE establece:

"Artículo 61.- La Comisión puede allegarse antes de emitir resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia del procedimiento de que se trate, siempre y cuando los medios de prueba estén reconocidos por la ley y tengan relación inmediata con los hechos materia del procedimiento; no registrarán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos."

aplicación le correspondía justamente a la Comisión- obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.

Por su parte, Telcel no explica por qué considera que lo expuesto en la página 74 de la Resolución Definitiva, en el sentido de que *“el argumento esgrimido por el manifestante es tan falaz como aseverar que el análisis que hace la Comisión, por ejemplo, al determinar mercado relevante respecto de los costos de distribución de un bien -considerando fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias-, implica invadir la esfera de competencia exclusiva por especialidad de autoridades en materia de comercio exterior, por el sólo hecho de emplear términos que define la regulación específica”*, es erróneo, ni por qué considera que la Comisión no tomó en consideración que se está en presencia de un mercado regulado, lo que hace **inoperantes por manifestaciones genéricas** sus argumentos.

Por lo demás, sus argumentos son **inoperantes por reiterativos**, puesto que el Recurrente repite sus manifestaciones al Dictamen¹³⁹ que fueron debidamente analizadas en el apartado de *“VI.1.15. De la falta de investigación y análisis independiente e imparcial y, de la falta de sustento fáctico y probatorio respecto de Telcel”*¹⁴⁰ de la Resolución Definitiva que, en resumen, estableció lo siguiente:

- Telcel no establece el por qué señala que la información obtenida dentro del presente procedimiento se obtuvo de forma ilegal e irregular, ya que tal aseveración fue realizada de modo gratuito, sin demostrar, en el caso particular, qué información allegada dentro del presente tendría en su caso tal carácter.
- Es absurdo el señalamiento relativo a que para sustentar el Dictamen, se utilizó información de “parte interesada o involucrada”, y no de fuentes imparciales, en virtud de que la información que sustenta el análisis realizado deriva de aquéllos agentes económicos relacionados con el procedimiento, y que sería incongruente utilizar información de quien no lo fuera, como también el hecho de que se debería utilizar información de fuentes imparciales, sin que al efecto tal manifestante establezca quién sería la “fuente imparcial”, y en tal caso, que por tal virtud se debió de haber requerido información y documentación a la misma.

III.6.5 La CFC ha invadido esferas de atribución que no le corresponden.

Lo que en realidad pretende la CFC es variar las condiciones, concesiones y modalidades relativas al servicio de telefonía local móvil concesionado a mi mandante, que han sido reguladas, contempladas y establecidas por Cofetel en su carácter de autoridad reguladora competente en materia de telecomunicaciones.

Reitera que no existió petición de autoridad para la solicitud de declaratoria y que la Comisión pretende alterar, complementar o variar las condiciones, concesiones

¹³⁹ Páginas 85 a 92 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁴⁰ Páginas 80 a 82 de la Resolución Definitiva.

y modalidades relativas al servicio de telefonía local móvil, y a que se regulen a través de un acto de autoridad administrativa:

i) Las tarifas por llamadas *on-net* y *off-net* por las modalidades de prepago y pospago, lo que es antijurídico y contrario a las disposiciones de la ley de telecomunicaciones, que a ese respecto establecen la libertad tarifaria y las actividades de Cofetel.

ii) Las tarifas relativas a las variables asociadas a insumos críticos y a mejorar el acceso al mercado, que ni siquiera constituyen la materia del procedimiento administrativo ni integran el supuesto mercado relevante, lo que resulta aún más ilegal.

Es ilegal que un sujeto solicitante pretenda y la Comisión acepte, invadiendo esferas y actuando más allá de su competencia, intervenir en esas materias o pretender forzar a la autoridad reguladora a emitir regulación específica a ese respecto.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, puesto que el Recurrente repite textualmente sus manifestaciones al Dictamen, mismas que fueron debidamente analizadas en el apartado de "VI.1.13 Defensa de falta de jurisdicción y competencia ad hoc"¹⁴¹ de la Resolución Definitiva, cuyo resumen se expuso en el numeral III..6.1 de la presente resolución y a la que se remite por economía procesal.

III..6.6 El artículo 33 bis de la LFCE no es suficiente para sustentar la competencia de la Comisión.

El hecho que la Comisión se pronunciara sobre una situación creada en cumplimiento de concesiones y normatividad de telecomunicaciones implica que la CFC se haya pronunciado en relación a dicho cumplimiento y sobre la suficiencia de las normas ejecutadas y cumplidas sobre los temas de telecomunicaciones y las modalidades antes apuntadas, lo que no le corresponde.

Su argumento es inoperante por ser una manifestación genérica; ello es así dado que el Recurrente no explica o aporta algún razonamiento más allá de su propio dicho respecto a la insuficiencia de lo explícitamente señalado por el artículo 33 bis de la LFCE para conferirle competencia a la Comisión y estar en facultad de determinar el poder sustancial de un agente económico en un determinado mercado relevante.

Además, el Recurrente abunda en sus manifestaciones y cae en una falacia, pues esa autoridad en ningún momento se pronunció sobre la suficiencia, cumplimiento y/o aplicación de normas relativas al tema de telecomunicaciones, además de que, como se ha dicho a lo largo de esta resolución, en particular en el numeral III..4.6, el hecho que Telcel tenga la calidad de concesionario, por la cual deba cumplir con obligaciones y regulaciones previstas tanto en la legislación en la materia, como en el

¹⁴¹ Páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva.

título de concesión correspondiente, no lo exime de la aplicación de la LFCE, puesto que ésta última es aplicable en todas las áreas económicas, incluidas las telecomunicaciones.

III..6.7 Telcel considera que la Comisión es incompetente porque la LFCE no se puede aplicar retroactivamente en perjuicio con fundamento en el artículo 14 constitucional.

La Comisión es contradictoria porque para analizar el argumento sobre retroactividad, que Telcel dice formuló en otros expedientes, la Comisión lo hace argumentando que Telcel no identificó los datos que permitan identificarlos; sin embargo, para afectar a Telcel, la Comisión sí atrae como hechos notorios información proveniente de otros expedientes y de forma injusta e ilegal hace caso omiso a esos hechos notorios.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas. Mientras Telcel no indique en qué acto procesal de qué expediente se encuentra la base del argumento expuesto, no se puede entrar al estudio de su argumento. Más aún si se considera que existen diversos expedientes en los cuales Telcel ha formulado defensas, manifestaciones, alegatos y argumentos, incluso, en algunos casos, formula más de un argumento, con connotaciones distintas, respecto al tema de la retroactividad, de ahí que sea necesario que Telcel invoque en forma clara y precisa en qué expediente se encuentra supuestamente su argumento, además de señalar cómo es que dicho argumento resulta aplicable al caso concreto, ya que la CFC –y ahora esta autoridad– se encuentra imposibilitada para suplir las deficiencias de su queja, como lo sería adaptar a las circunstancias de este caso y aplicar en este recurso un silogismo jurídico propuesto por Telcel en otro expediente.

Cuando la Comisión atrajo información de otros expedientes como hecho notorio, en todos los casos ha indicado la actuación y el expediente en que se ubica, así como la relación que guarda con el procedimiento al cual se incorpora la información, por lo que Telcel se ha encontrado en aptitud de conocerlos y pronunciarse respecto a tales elementos, ya sea porque se atrajeron al expediente de origen mediante copia certificada, transcribiéndolos o a través de los medios de difusión con que contaba la Comisión, como el microsítio de búsqueda de resoluciones, los informes anuales o, anteriormente, la gaceta. De ahí que no asista la razón al Recurrente y su argumento sobre retroactividad no pase de ser una manifestación genérica, además de que no explica en qué le perjudica lo plasmado en otros expedientes y no analizado en éste o cuál es la vinculación entre ambos.

Asimismo, tampoco señala cuál es el análisis en particular de los hechos notorios que señala hubiera cambiado el sentido de la Resolución Definitiva.

III..6.8 La Comisión es incompetente para interpretar y modificar los términos en los que han sido otorgados los títulos de concesión de Telcel.

Eso es precisamente lo que se pretendió la CFC en el análisis de mercado relevante en la Resolución Definitiva y el Dictamen.

La Comisión es incompetente para interpretar y soslayar las normas y situaciones jurídicas creadas en el mercado regulado particularmente respecto a la división geográfica del territorio nacional en regiones celulares y/o áreas del servicio local, cuestiones que guardan reflejo en los títulos de concesión respectivos.

En el Dictamen y la Resolución Definitiva, la Comisión actuó en exceso de sus facultades pues desconoció la demarcación territorial de los servicios concesionados definidos en los títulos de concesión, buscando modificar las condiciones respectivas para efectos de este Expediente.

Su argumento es inoperante por reiterativo, puesto que el Recurrente reitera textualmente los argumentos de su Escrito de Manifestaciones¹⁴², mismos que fueron debidamente analizadas en los apartados "VI.1.13 Defensa de falta de jurisdicción y competencia ad hoc"¹⁴³ y "VII.2, inciso A) Mercado Relevante"¹⁴⁴ de la Resolución Definitiva, sin que Telcel ataque de manera puntual lo ahí resuelto, en ellos se expuso que:

- Telcel sostiene que el Dictamen soslaya la existencia de las 9 regiones celulares existentes en el país y de las correspondientes regulaciones asociadas en los títulos de concesión de los agentes económicos oferentes del servicio relevante. Al respecto, cabe señalar que Telcel ignora que en el numeral 34 del Dictamen se reseña las 28 concesiones que detentan diversos agentes económicos, entre ellos Telcel, y se indica claramente el objeto de la concesión y zona geográfica correspondiente del recurso otorgado para su explotación, identificada como "región celular".
- Derivado de lo anterior, se concluyó en el numeral 88 del Dictamen, que Telcel, además de Telefónica y Iusacell, detentan concesiones en todas las regiones celulares del país y, por ende, es factible la oferta del servicio relevante en todo el territorio nacional.
- Las concesiones de Telcel le permiten explotar el recurso denominado espectro radioeléctrico en todo el territorio nacional, y como se verifica en la práctica, Telcel lo ofrece a nivel nacional.

Como puede observarse, la CFC no desconoció la demarcación territorial de los servicios, ni pretende con el análisis respectivo modificar los términos en que se han otorgado los títulos de concesión, sino que únicamente determina que hay oferta nacional gracias a que Telcel y otros operadores cuentan con concesiones en todas las regiones. En ese mismo sentido, el Recurrente tampoco señala como es que las

¹⁴² Página 81, inciso e) de su Escrito de Manifestaciones.

¹⁴³ Páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva.

¹⁴⁴ Páginas 129 a 131 de la Resolución Definitiva.

conclusiones en la Resolución Definitiva tuvieron tal fin o cómo es que la supuesta modificación de condiciones de las concesiones se materializó, provocando la **inoperancia de sus argumentaciones por ser manifestaciones gratuitas**.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en el párrafo anterior, esta autoridad se percata que en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó al final que: *“los argumentos generales de la Comisión al resolver sobre su competencia confirman la carencia de atribuciones en el caso en concreto, considerando que no fue la Cofetel quien solicitó el inicio el procedimiento ni la emisión de la declaratoria de poder sustancial en mercado alguno. Es decir, la Cofeco no resolvió sobre su competencia ad hoc, sino sobre sus atribuciones generales, lo que es insuficiente. (...) Sólo la Cofetel se encuentra legitimada para solicitar el inicio de este tipo de procedimientos.”*

Sus argumentos son **inoperantes porque abundan en sus manifestaciones**. Telcel ya ha alegado el argumento transcrito con anterioridad y en ese sentido ya ha sido resuelto sin que al efecto el Recurrente proporcione algún razonamiento adicional que controvierta las consideraciones de la CFC al respecto. En particular, dicho argumento ya fue abordado en el apartado III..6.1. de esta resolución.

Además, tal como se ha establecido a lo largo de esta resolución, en particular en los numerales III..1.3, III..4.6, III..6.1 y III..6.6, el hecho que Telcel detente concesiones y que por ello se encuentre sujeta a una “regulación específica” en materia de telecomunicaciones, no es un impedimento legal para iniciar un procedimiento de declaratoria de condiciones de poder sustancial en un mercado determinado, toda vez que la conclusión de que un agente económico pueda tener poder sustancial, derivará de la actualización de los supuestos establecidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, y correlativos de su RLFCE.

Asimismo, las atribuciones con que contaba la Comisión para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes son independientes de las funciones que ejercía la Cofetel en su carácter de órgano regulador en el sector de las telecomunicaciones y no era competencia de la Comisión el determinar si los concesionarios cumplen o no con las obligaciones derivadas de sus respectivos títulos y/o de la regulación en materia de telecomunicaciones.

III..7 Séptimo concepto de agravio: Falta de legitimación pasiva en la causa (inmunidad ad hoc)¹⁴⁵

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

¹⁴⁵ Páginas 185 a 204 del Escrito del Recurso.

III..7.1 Telcel, en su calidad de concesionario del servicio local móvil, goza de la exclusión de la aplicabilidad de normas de competencia económica y de la actuación de la Comisión a ese respecto.

a) El Pleno de la Comisión se limitó a afirmar paladinamente en la página 72/231 que las *“manifestaciones de Telcel son gratuitas ya que no explica en dónde tiene origen o justificación la inmunidad ad hoc que reclama”*.

b) La inmunidad *ad hoc* opera respecto de situaciones y conductas de los concesionarios de esas industrias, como Telcel, que son producto de decisiones no exclusivas de negocios, sino que se adoptan en virtud de decisiones de la autoridad reguladora respectiva. Esto es, no debe sometérselos a procedimientos con base en la legislación de competencia económica si las situaciones o conductas analizadas o cuestionadas se realizan para cumplir y hacer funcionar el esquema regulatorio.

Asimismo, no puede someterse al concesionario de una industria regulada a procedimiento de competencia económica alguno cuando las conductas o situaciones que a él se refieran provienen de la aplicación o ejecución de disposiciones normativas emitidas por la autoridad reguladora, por más que éstas se consideren contrarias a las normas de competencia económica, pues tal concesionario está obligado a cumplir con las disposiciones que regulan los servicios concesionados que presta y tal conflicto de normas no puede resolverse jurídicamente imputándole las consecuencias al gobernado.

La Comisión debió reconocer el impacto del esquema regulatorio de la industria regulada y en la situación jurídica de Telcel, quien es un concesionario regulado que ha adoptado modalidades de pago por sus servicios de la forma más conveniente y benéfica para el usuario, lo que la Comisión no llevó a cabo.

Respecto al inciso b), sus argumentos son inoperantes por reiterativos, puesto que el Recurrente reitera textualmente sus manifestaciones al Dictamen,¹⁴⁶ mismas que fueron debidamente analizadas en el apartado de *“VI.1.13 Defensa de falta de jurisdicción y competencia ad hoc”*¹⁴⁷ de la Resolución Definitiva, sin que Telcel ataque de manera puntual lo ahí resuelto.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en el párrafo anterior, se advierte que en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó lo señalado en el inciso a): *“el Pleno de la Comisión se limitó a afirmar paladinamente en la página 72/231 que las manifestaciones de Telcel son gratuitas ya que no explica en dónde tiene origen o justificación la inmunidad ad hoc que reclama”*, y que ello era suficiente para demostrar la ilegalidad de la Resolución Definitiva.

¹⁴⁶ Páginas 77 a 80 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁴⁷ Páginas 70 a 78 de la Resolución Definitiva.

Dicho señalamiento resulta inoperante por ser una manifestación gratuita que no justifica la agresión ni aporta razonamientos lógicos jurídicos que sustenten su dicho y que, aunado a las consideraciones anteriores, no desvirtúa de manera alguna lo determinado en la Resolución Definitiva.

III.7.2 Contrario a lo que señala la CFC, el espíritu y texto de las normas que supuestamente fundaron el Expediente (63 de la LFT y 33 bis de la LFCE) contemplan la figura como un juicio de desvalor.

Al operar la inmunidad *ad hoc* resulta inconcuso que la Resolución Definitiva que se combate y el procedimiento son ilegales. Aunque lo niegue la CFC la materia del procedimiento no es provechosa para al agente económico que se busca regular y se pretende restringirlo y limitar sus libertades y prerrogativas.

El mercado relevante es el de "*servicio de telefonía móvil a nivel nacional*", mismo que la Comisión reconoce que es un servicio concesionado y altamente regulado. Se pretende restringir los derechos de un concesionario a través de un procedimiento que implique el establecimiento de obligaciones específicas a través de un supuesto poder de mercado creado en virtud de las concesiones.

El cumplimiento de las obligaciones regulatorias es menester por sus títulos de concesión, por lo que ninguna consecuencia negativa, lesiva y restrictiva debe seguirse en su contra por cumplir sus obligaciones.

Es incongruente e ilegal que por un lado se obligue al particular a cumplir con los títulos de concesión y la regulación emitida por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones y por otro, que pretenda que por prestar sus servicios en la manera y términos señalados en su título de concesión se ubica como un agente con poder sustancial de mercado.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, puesto que el Recurrente repite textualmente lo plasmado en su Escrito de Manifestaciones¹⁴⁸, argumentos que, fueron debidamente analizadas en el apartado de "*VI.1.17 Improcedencia derivada de la imposibilidad jurídica de que se emita una declaratoria de dominancia en perjuicio de quien actúa en cumplimiento de sus concesiones y obligaciones regulatorias*"¹⁴⁹ de la Resolución Definitiva, sin que Telcel ataque de manera puntual lo ahí resuelto. En dicho apartado se determinó lo siguiente:

- Resultan inexactas las afirmaciones de Telcel en el sentido de que el presente procedimiento tiene por objeto establecer consecuencias negativas, lesivas o restrictivas de sus derechos. El procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE no es uno en el que se realicen funciones tendientes a imputar responsabilidades

¹⁴⁸ Páginas 97 a 101 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁴⁹ Páginas 85 a 87 de la Resolución Definitiva.

por violaciones a la LFCE; por lo anterior no cabe considerar que se trate de un "juicio de desvalor" como lo sugiere Telcel.

- La facultad que desplegó la Comisión en este procedimiento obedece a la existencia de disposiciones legales y/o reglamentarias (artículos 24, fracción V y 33 bis de la LFCE, y 63 de la LFT), en las que se prevé que esa autoridad debe pronunciarse sobre la existencia o no de poder sustancial. En estos casos, se prevé la participación de la Comisión no como autoridad que investiga y sanciona administrativamente violaciones a la LFCE, sino en su carácter de órgano especializado en la materia de competencia económica y libre concurrencia.
- La resolución que se emita será de naturaleza declarativa y sólo tendrá por objeto determinar si existen o no en el mercado relevante agentes económicos con poder sustancial, sin menoscabar, disminuir o suprimir derecho alguno de los agentes económicos en cuestión, pues no tiene por objeto desconocer la concesión otorgada a su favor, impedir que continúen prestando sus servicios y mucho menos imponerles sanción alguna, ello en virtud de que la mera determinación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante no implica ni supone la comisión de una infracción o violación a la LFCE, y por ende, no tiene como consecuencia la aplicación de sanción alguna.
- De acuerdo con los artículos 63 de la LFT, 130 a 136 de su Reglamento y, en su caso, las reglas Trigésimaprimera y Trigésimasegunda de las Reglas del Servicio Local, la opinión de la Comisión que determine la existencia de poder sustancial de un agente económico en determinado mercado, es uno de los elementos que, en su caso, tomaría en cuenta la Cofetel para determinar la procedencia o no del establecimiento de obligaciones específicas al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, dentro de un procedimiento en el que está previsto el respeto a su garantía de audiencia. Cabe mencionar que la determinación de la Comisión únicamente se establece como un requisito para que, en su caso, la autoridad reguladora establezca condiciones específicas relativas a tarifa, calidad en el servicio e información, al agente económico que detente poder sustancial en un mercado relevante.
- La afirmación de Telcel en el sentido de que la supuesta existencia del mercado relevante y del poder sustancial en el caso que nos ocupa deriva del cumplimiento por parte de dicha empresa de las reglas emitidas por la Cofetel es inexacta. En primer lugar, cabe decir que la prestación del servicio final en el caso concreto no fue impuesta a Telcel como aparentemente lo sugiere, toda vez que el otorgamiento de la concesión correspondiente respondió a su interés de obtenerla para prestar el servicio bajo los términos y condiciones previstos en la legislación correspondiente, y los que fijó en su momento la autoridad reguladora.
- La existencia del mercado de prestación de servicios de telefonía móvil a nivel nacional es un hecho de conocimiento público dadas: (i) la participación de usuarios que contratan tales servicios, como es el caso del solicitante del

presente procedimiento, y un proveedor de tales servicios, como la ahora manifestante; (ii) la prestación de los servicios referidos al amparo de títulos de concesión de redes públicas de telecomunicaciones, en los términos en ellos mismos establecidos; y (iii) la obligación establecida en la legislación sectorial relativa a registrar las tarifas correspondientes a sus servicios.

- Todo lo anterior implica o supone la existencia de oferentes, demandantes y tarifas de servicios de telefonía móvil a nivel nacional y, por tanto, la existencia de un mercado correspondiente a estos servicios. Para la determinación de poder sustancial en el mercado relevante es irrelevante si dicho poder se explica, se asocia o es causado por una combinación de factores legales, económicos y/o técnicos. Además, Telcel no explica por qué el sólo cumplimiento de lo establecido en su título de concesión le otorga poder sustancial en el mercado relevante determinado, así como tampoco señala la parte del Dictamen que considera esta cuestión. La situación de que detente concesiones y que por ello se encuentre sujeta a una “*regulación específica*” en materia de telecomunicaciones, no es un impedimento legal para iniciar un procedimiento de declaratoria de condiciones de poder sustancial en un mercado determinado, siendo que la situación de que un agente económico pueda tener poder sustancial, derivará de la actualización de los supuestos establecidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, y correlativos de su Reglamento, y ello no proviene de la circunstancia de que se cuente con las concesiones mencionadas; esto es, tener una concesión para prestar servicios determinados, no provoca ni justifica que un agente económico detente poder sustancial en un mercado relevante.
- Finalmente, las atribuciones con que cuenta la Comisión para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes son independientes de las funciones que ejercía la Cofetel en su carácter de órgano regulador en el sector de las telecomunicaciones y no era competencia de la Comisión el determinar si los concesionarios cumplen o no con las obligaciones derivadas de sus respectivos títulos y/o de la regulación en materia de telecomunicaciones.

III.7.3 La CFC pretende que la exclusión de Telcel de la normatividad general y la emisión y aplicación de obligaciones específicas que se persigue en el no resulta negativa, lesiva ni restrictiva.

Sobre el particular Telcel se pregunta: “¿entonces qué es? ¿un premio?” Qué debería serlo en términos de cumplimiento, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de Telcel.

Que las consideraciones de la CFC son contradictorias con la explicación que ha dado sobre la supuesta competencia y las consecuencias de la declaratoria en la resolución y, por otro lado, inexactas en relación con la materia de lo dispuesto en el artículo 63 de la LFT. Si el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la no se explica a la luz del artículo 63 de la LFT, entonces no tiene sentido, y si se vinculan es obvio que existe afectación a Telcel.

Es claro que hay un juicio de desvalor conforme a lo señalado en la página 87 de la Resolución Definitiva pues según Telcel *“la detentación de poder sustancial en un mercado relevante podría justificarse, ser materia de justificación o cuando menos podría revisarse si se “justifica”, siendo que sólo puede justificarse aquello que se desvalora o se considera negativo.”*

Las razones abstractas y generales que expone la CFC respecto a la naturaleza y efectos de la Resolución Definitiva son inexactas, infundadas e imprecisas. Así, es infundado que la declaratoria impugnada tenga una naturaleza declarativa para los efectos que señala la Comisión en la página 86/231 porque puede afectar de manera irreparable a los sujetos a los cuales se dirige.

Es inexacto e ilegal que la CFC desnaturalice el procedimiento con el objetivo de denegar justicia a Telcel.

Es ilegal que la Comisión considere el hecho que Telcel sea un concesionario y que se ubique en situaciones de hecho y de derecho que se le imputan en virtud de la ejecución y cumplimiento de sus concesiones es irrelevante.

Que las manifestaciones de Telcel a este respecto no han sido resueltas o no lo han sido en forma congruente, exhaustiva, debidamente fundada y motivada.

Los argumentos de Telcel son inoperantes por manifestaciones genéricas, abundar en sus manifestaciones y no justificar la trasgresión.

En primer lugar, el Recurrente no explica cuál es la contradicción entre la competencia de la Comisión para resolver los asuntos conforme al artículo 33 bis de la LFCE y la supuesta inexactitud de la relación con la materia prevista en el artículo 63 de la LFT. De ahí que no exista propiamente un agravio en aptitud de estudiar.

En segundo lugar, la pretensión de que el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE deba estar supeditado al artículo 63 de la LFT o de lo contrario afecta a Telcel es inoperante por abundar en sus manifestaciones y no justificar la trasgresión, motivo por el cual, en obvio de repeticiones se remite a lo señalado en el agravio sexto inmediato anterior (carencia de atribuciones y competencia).

Sin perjuicio de lo anterior, Telcel sigue sin considerar que la aplicación de las normas de competencia alcanza a todos los ámbitos de la actividad económica en sus finalidades sancionatoria, correctiva y preventiva.

En tercer lugar, no es claro el juicio de desvalor que supuestamente la Comisión, ello es así, toda vez que Telcel acude a un juego de palabras que jamás fueron dichas en la página que refiere (87 de la Resolución Definitiva) ni en ninguna parte de esa Resolución, del cual no se desprende algún argumento en específico que el Recurrente pretendiera combatir, motivo por el cual, para entrar al análisis de su argumento.

En cuarto lugar, el Recurrente señala que fundamentó la naturaleza del procedimiento de origen en razones abstractas y generales, sin señalar los motivos de su razonamiento, limitándose a argumentar que ello era inexacto, infundado e impreciso. Lo anterior hace patente la generalidad del argumento, del cual no se desprende perjuicio alguno en contra de Telcel.

Por otra parte, Telcel refiere que con la determinación de poder sustancial que le fue atribuida se le causó de manera irreparable un daño, sin que al efecto siquiera explique cuál daño se causó.

Se reitera al Recurrente que la imposición de regulación específica no es una consecuencia necesaria del presente procedimiento, ni mucho menos dependía de la Comisión, ya que sólo constituye un presupuesto legal para que *"la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, en uso de las atribuciones que les confieren los artículos 9-A, fracción XI, y 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, procedan a determinar si imponen o no al agente económico con poder sustancial en el mercado relevantes obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información."*¹⁵⁰

En virtud de lo anterior, también es **inoperante** que Telcel considere que, por no haber esta autoridad dado el alcance de sus pretensiones respecto de sus manifestaciones, éstas hayan sido resueltas de forma congruente, exhaustiva, fundada y motivada, pues su argumento se reduce a una **manifestación genérica** respecto de la cual no se desprende algún razonamiento que la sustente más allá de su propio dicho.

En este entendido, Telcel no puede justificarse en el cumplimiento de normas que tienden al mismo propósito que la legislación en materia de competencia: el **interés público**; mucho menos alegar inmunidad *ad hoc*.

Adicionalmente, para determinar si un agente tiene poder sustancial, debe acreditarse que puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto, sin que pueda contrarrestarse de manera efectiva, para lo cual debe tomar en cuenta cualquier factor que estime procedente, fundando y motivando su resolución, así como la necesidad de contar con concesiones o cualquier otra clase de autorización gubernamental (fracción II del artículo 11 del RLFCE) y los actos de autoridades que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos de ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios (fracción VII del artículo 11 del RLFCE). Estos elementos, administrados con el artículo 12, fracción IV, de la LFCE, permiten incluir el análisis de la legislación y regulación aplicable, sin que implique su aplicación o verificación de su cumplimiento.

De acuerdo a lo anterior, entre otras cosas se analizó:

¹⁵⁰ Sentencia de la contradicción de tesis 290/2011.

i Para identificar el bien o servicio: el tipo de servicio, sus especificaciones técnicas, sus componentes y modalidades, su estructura y las definiciones de la legislación de la materia.

ii Para determinar el área geográfica: los títulos de concesión.

iii Para evaluar las restricciones normativas: la normatividad en materia de telecomunicaciones.

iv Que Telcel al ser agente económico, se encuentra sujeto a las disposiciones previstas en la LFCE.

III..8. Octavo concepto de agravio: Carencia de un auténtico respeto al derecho de defensa y falta de formalidades al procedimiento¹⁵¹

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..8.1 El Recurrente argumenta la violación de los artículos 1, 33 bis, 34 bis, último párrafo de la LFCE, 55 y 56 del RLFCE así como los principios de congruencia, precisión y eficiencia establecidos en los artículos 222, 348 y 349 del CFPC.

La supuesta etapa de investigación implica un sistema inquisitivo, arbitrario e impositivo. Resulta improcedente que la CFC se convierta en juez y parte, que sea quien inicia el procedimiento, quien investiga, quien formula un Dictamen Preliminar y quien resuelva la Litis en forma vinculativa para las partes.

La Comisión decidió ilegalmente suplir las deficiencias de una solicitud improcedente presentada en contra de Telcel, no obstante encontrar errores y defectos que había reconocido en el auto de treinta de noviembre de dos mil siete.

Es hasta la emisión del Dictamen que se le concede defensa al particular, lo que es indebido y antijurídico. En consecuencia, al haberse llevado a cabo la substanciación de la etapa previa de investigación sin audiencia de Telcel (afectado e interesado), la resolución es ilegal.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente se constriñe a replicar de manera textual los argumentos plasmados en su Escrito de Manifestaciones¹⁵², cuestiones que, fueron abordadas en el apartado “VI.1.14 De la violación al derecho de defensa de Telcel con las actuaciones practicadas en este procedimiento, ya que se realizaron sin previa audiencia y sin observar las normas esenciales del procedimiento”,¹⁵³ sin que Telcel ataque de forma concreta lo que en la Resolución

¹⁵¹ Páginas 204 a 209 del Escrito del Recurso.

¹⁵² Páginas 82 a 85 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁵³ Páginas 78 y 79 de la Resolución Definitiva.

Definitiva se le señaló en ese aspecto. En dicho apartado específicamente se señaló lo siguiente:

- La Comisión realiza sus funciones con apego a las facultades otorgadas por la legislación en materia de competencia económica. Por otro lado, es completamente incongruente afirmar que una autoridad que tiene facultades para investigar carezca de las facultades para resolver las cuestiones sobre las que investiga.
- El Expediente versa sobre la determinación de poder sustancial en un mercado, mismo que se lleva a cabo atendiendo a los artículos 12, 13 y 33 bis de la LFCE y sus correlativos y aplicables del RLFCE, y no sobre la investigación en torno a la realización de prácticas monopólicas absolutas o relativas, en términos de los artículos 9 y 10 de la LFCE, donde efectivamente, y en caso de materializarse una conducta contraria a la LFCE, puede existir una sanción, cuestión que no ocurre en los procedimientos sobre poder sustancial de mercado.
- La Comisión se encuentra facultada para desahogar todas y cada una de las fases y requisitos procesales previstos en el artículo 33 bis de la LFCE y sus correlativos del RLFCE, no existiendo ningún conflicto de intereses como lo pretende hacer valer Telcel, ya que la Comisión no actúa como “*juez y parte*”, dado que no se trata de un conflicto entre particulares donde exista una parte actora, una demandada y una autoridad que resuelva una controversia. En estricto sentido, se trata de un procedimiento previsto en la LFCE, en virtud del cual se faculta a una autoridad para que dé inicio, tramite y resuelva sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.
- Argumenta Telcel que se afecta su garantía de audiencia “... porque no se le da derecho a defenderse sino hasta que tal dictamen es emitido y publicado, esto es, con posterioridad a que concluye la etapa de investigación en la que, por tanto, no es escuchado.” Al respecto, es de señalar que la fracción VI, del artículo 33 bis de la LFCE reconoce el derecho de los agentes económicos para que estos manifiesten lo que a su derecho e interés convenga, así como para que ofrezcan los elementos de convicción que consideren pertinentes respecto al Dictamen, así pues, la fracción en comentario tiene como propósito considerar y, en su caso, incorporar la información y elementos aportados por dichos agentes, en la resolución que corresponde emitir en términos del artículo 33 bis, fracción VII de la ley citada.
- Ninguna de las fracciones del artículo 33 bis de la LFCE (especialmente las fracciones IV a VI) facultan a la Comisión a efecto de emplazar a las partes, de ahí que sea jurídicamente imposible emplazar a los agentes económicos.

Por otra parte, no obstante, la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, se advierte que en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó lo señalado en el siguiente numeral:

III..8.2 Que la Comisión no resolvió de manera exhaustiva y congruente lo señalado por Telcel y se limitó a sostener que “esta autoridad realiza sus funciones con apego a las facultades otorgadas por la legislación en materia de competencia económica”.

Que en la página 79 de la Resolución Definitiva es evidente que en las actuaciones de este procedimiento ha actuado como juez y parte, máxime si se considera que el Solicitante presentó desistimiento, y aun así la CFC emitió la declaratoria.

De las constancias del expediente se desprende que sí hay intereses particulares y que la CFC ha pretendido resolver la controversia previa investigación incriminatoria y prejuicio consumado.

Dichos argumentos resultan inoperantes por ser manifestaciones genéricas y por abundar en sus manifestaciones.

En primer término, el argumento que señala que la Comisión no resolvió de manera exhaustiva, resulta una simple premisa que no viene acompañada de ningún otro razonamiento lógico jurídico que pudiera sustentarlo más allá de su propio dicho. Es decir, del texto de ese apartado se desprende que Telcel pretendía vincular esa premisa con los demás argumentos, que como ya se señaló, fueron meras reiteraciones textuales a las manifestaciones al Dictamen por parte de Telcel; en este sentido, no hay razonamiento que controverta lo resuelto al respecto.

Además, contrario a lo señalado por el Recurrente tampoco es patente la supuesta evidencia de la actuación de la Comisión como “juez y parte”, especialmente si se considera que el Recurrente se limita a señalar que en la página 79 obra tal cuestión y no precisa nada más. En el mismo orden de ideas, Telcel alude al desistimiento del Solicitante, cuestión que ya fue abordada por esta autoridad con antelación en el numeral III.1.14 de la presente resolución, y en ese sentido sólo abunda en sus manifestaciones sin controvertir en lo más mínimo lo resuelto.

Por último, Telcel no señala de manera precisa y clara a qué constancias en específico se refiere y de las cuáles pudiera desprenderse los intereses particulares que alega. En consecuencia, esta autoridad se encuentra imposibilitada para entrar al estudio de su argumento dado que simplemente es una manifestación genérica.

III..9 Noveno concepto de agravio: Falta de sustento¹⁵⁴

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..9.1 El Recurrente señala que la Resolución Definitiva es violatoria de los artículos 33 bis, fracciones IV y V, de la LFCE y 55, fracción III, del RLFCE y 190, 191 y 192 del

¹⁵⁴ Páginas 209 a 230 del Escrito del Recurso.

CFPC, ya que la autoridad no ha satisfecho la carga probatoria que le corresponde.

Se declaró a Telcel con poder sustancial en el mercado relevante sin sustento fáctico o probatorio en su contra y sin que se hubiere llevado a cabo una investigación completa, independiente e imparcial.

Es falso que las manifestaciones realizadas por Telcel sean imprecisas, omisas o insuficientes, pues las constancias del Expediente demuestran que Telcel satisfizo sus cargas y expresó los argumentos en forma lógica, suficiente y conforme a la ley.

Es ilegal el argumento: "*son omisas en precisar la información que señala faltó...*" así como "*los hechos, conductas y cuestiones que debían ser corroborados*". En primer término, que a nadie puede pedírsele que pruebe un hecho negativo. No puede pedir la autoridad al gobernado que sea éste quien precise qué le faltó. En segundo término, que todas las determinaciones de la Comisión debían estar fundadas y no sucedió.

El dictamen y la Resolución Definitiva sólo debían emitirse si hubiera existido una auténtica investigación, cosa que tampoco sucedió. La Comisión no tuvo elementos suficientes para sustentar la emisión de una declaratoria de poder sustancial en mercado alguno atribuible a Telcel.

Los argumentos de Telcel resultan inoperantes por manifestaciones genéricas, ya que pretende hacer una impugnación general de los medios probatorios que sustentaron la Resolución Definitiva, alegando que no existen pruebas en su contra, que debían corroborarse todos los hechos y que no tiene la obligación de demostrar hechos negativos. No obstante, evade atacar en forma particular y concreta todos y cada uno de los elementos que fueron señalados, administrados y valorados en la Resolución Definitiva para acreditar la existencia de poder sustancial de Telcel, de ahí que no resulte suficiente una simple negativa para desvirtuarlas.

Telcel no estaba obligado a acreditar que no tenía poder sustancial, como quiere hacerlo ver; por el contrario, Telcel estaba obligado a desvirtuar los hechos comprobados que se obtuvieron de la investigación realizada por la Comisión, a efecto de demostrar que la conclusión obtenida por la CFC no era pertinente, ni coherente; situación que no aconteció.

En otras palabras, si dicha conclusión (que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante) fue construida con base en una pluralidad de hechos, para combatirla era necesario que se indicara expresamente cuáles son los hechos carentes de demostración y porqué.

III.9.2 La CFC no llevó a cabo una investigación exhaustiva.

Por cuanto a los requerimientos formulados a Telcel, la Comisión pretendió que Telcel presentara información y documentos sin que conociera los hechos materia de la investigación, sin que se le hubiere impuesto de la materia del mismo, ni se le indicara que la solicitud o denuncia se había presentado en su contra específicamente, ni se le informaran las circunstancias temporales o espaciales precisas que la motivaron y sin que se motivara debidamente el acto de autoridad, y sin que se hubiere definido correctamente el supuesto mercado materia de la declaratoria, todo ello en exceso de las atribuciones de la CFC.

Telcel “consideró” que no tenía obligación alguna de proporcionar la información y se negó a hacerlo, informando oportunamente a la Comisión las razones que fundaron su actuar.

Que no existe en el dictamen un desglose o análisis de las supuestas pruebas obtenidas durante la supuesta investigación de las que se pudiere desprender que Telcel se ubique en una situación de dominancia que justifique una declaratoria.

Que las respuestas brindadas por terceros a requerimientos de información no se hacen del conocimiento de Telcel, lo que impide su defensa y, en consecuencia, implica que tal información no pueda hacer prueba en su contra.

La información obtenida en la etapa de investigación es insuficiente, ilegal e irregular, por lo que de ninguna manera podría sostener la emisión de una declaratoria.

Que la propia Comisión reconoce que no cuenta con la información relevante y pertinente para resolver y que en el oficio de siete de mayo de dos mil ocho señaló que la información requerida a Telcel era “*relevante en tanto que se necesita para obtener elementos que permitan realizar el análisis de competencia que debe llevar a cabo esta autoridad... y pertinente porque se solicita a un concesionario*” y Telcel reconoce que no proporcionó dicha información.

Si la información que la propia Comisión considera necesaria no obra en el expediente, entonces la investigación quedó incompleta por cuanto hace a Telcel y, por ende, no obran elementos para poder emitir un dictamen en su contra.

Que la Comisión no cumplió con la carga probatoria que le correspondería para poder emitir una declaratoria de poder sustancial respecto de Telcel. Asimismo, ésta agregó de forma ilegal una serie de informes, publicaciones y planes que nada tienen que ver con la materia del procedimiento ni involucrados, presentados por distintas personas ante autoridades diversas o la CFC en otros expedientes y no pueden hacer prueba en contra de Telcel.

CFC pretende trasladar la carga de la prueba a Telcel, relevándose indebidamente de la que le corresponde para afirmar y acusar, vulnerando el principio de inocencia salvo prueba en contrario.

No puede pretenderse que Telcel acredite un hecho negativo, es decir, que acredite que no es un agente con poder sustancial en el mercado relevante, pues los hechos negativos no pueden ser probados en forma directa y la ley no establece presunción alguna que debiera desvirtuarse.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos y abundar en sus manifestaciones, debido a que el Recurrente se constriñe a reiterar de manera textual o parafrasear los argumentos plasmados en su Escrito de Manifestaciones,¹⁵⁵ cuestiones que, fueron abordadas en los apartados “VI.1.15 De la falta de investigación y análisis independiente e imparcial y, de la falta de sustento fáctico y probatorio respecto de Telcel”¹⁵⁶ y “VI.1.16 Incumplimiento de la carga probatoria”¹⁵⁷ y sin que Telcel ataque de forma concreta lo que en la Resolución Definitiva se le señaló en esos aspectos. En dichos apartados específicamente se señaló lo siguiente:

VI.1.15 De la falta de investigación y análisis independiente e imparcial y, de la falta de sustento fáctico y probatorio respecto de Telcel

- Son infundadas las aseveraciones que a suerte de manifestaciones realiza Telcel, respecto a una deficiencia de la investigación mediante la cual se allegó información al presente procedimiento, se analizó, y con la que se determinó en el Dictamen la existencia de condiciones de poder sustancial en el mercado relevante.
- Telcel soslaya tomar en cuenta todos los elementos relacionados y analizados a lo largo de los numerales del 34 al 213, en los cuales, de forma general, se establecen los concesionarios que prestan los servicios locales móviles de voz, el análisis del mercado relevante, el análisis de poder sustancial.
- Telcel es omisa en precisar la información que señala faltó allegar dentro del presente procedimiento, en particular, y que le hubieran dado el carácter de “completo” al análisis. Tampoco precisa los hechos, conductas y cuestiones que debían ser “corroborados” para verificar la certeza y precisión de los mismos, y que en este sentido adolezcan de veracidad y precisión.
- El procedimiento de investigación implica allegar la mayor cantidad de información respecto del sector (en el caso de telecomunicaciones), que sea relevante y pertinente para el análisis que corresponde, y que los agentes económicos que pueden aportarla son quienes participan efectivamente en el mercado materia de la investigación: los usuarios y proveedores de los bienes y/o servicios, y la autoridad reguladora del sector en donde se desarrolla tal mercado.
- No establece la manifestante por qué señala que la información obtenida dentro del presente procedimiento se obtuvo de forma ilegal e irregular, ya que tal

¹⁵⁵ Páginas 85 a 97 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁵⁶ Páginas 80 a 82 de la Resolución Definitiva.

¹⁵⁷ Páginas 82 a 85 de la Resolución Definitiva.

aseveración fue realizada de modo gratuito, sin demostrar, en el caso particular, qué información allegada dentro del presente tendría en su caso tal carácter.

- Tampoco establece por qué la información que fue integrada al expediente no prueba o sustenta "*nada en su contra*", siendo que la finalidad de una investigación a las que se refiere la LFCE, es precisamente allegarse de elementos de convicción, analizarlos y sustentar las determinaciones de existencia o no de condiciones de poder sustancial en el mercado investigado, en principio, y posteriormente en el mercado relevante. De igual forma, es absurdo el señalamiento relativo a que para sustentar el Dictamen, se utilizó información de "*parte interesada o involucrada*", y no de fuentes imparciales, en virtud de que la información que sustenta el análisis realizado deriva de aquéllos agentes económicos relacionados con el procedimiento, y que sería incongruente utilizar información de quien no lo fuera, como también el hecho de que se debería utilizar información de fuentes imparciales, sin que al efecto tal manifestante establezca quién sería la "*fuentes imparcial*", y en tal caso, que por tal virtud se debió de haber requerido información y documentación a la misma. Telcel, en realidad, no sólo no señala quién podría ser tal "*fuentes imparcial*", sino que no justifica de qué manera esa fuente es, o sería, imparcial.
- Más aún, la información y documentación allegada al presente expediente incluye la información de Cofetel misma que fue tomada en consideración dentro del análisis, y que fue confrontada con toda la que presentaron los diversos agentes económicos.
- De conformidad con el artículo 34 bis 2 de la LFCE, la CFC emitirá las resoluciones "*preliminares o definitivas*", con base en los hechos de que tenga conocimiento, y la información y documentación disponible, para el caso de que un agente económico se niegue a proporcionar información o entorpezca la investigación o procedimiento. Tal situación es aplicable totalmente al caso en concreto, en donde Telcel no presentó la información y documentación requerida. Independientemente de tal situación, los elementos efectivamente allegados permitieron determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante de los servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

VI.1.16 Incumplimiento de la carga probatoria.

- De forma general, Telcel reitera los argumentos señalados en el numeral anterior.
- La Comisión cuenta con facultades amplias para allegar información al presente expediente de conformidad con lo establecido por los artículos 34 bis 2, segundo párrafo de la LFCE, en correlación con el 61 del RLFCE.
- El Dictamen se refiere a un hecho positivo: Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante del servicio de telefonía móvil a nivel nacional.

- Para llegar a la determinación anterior, la Comisión consideró los elementos, criterios y requisitos previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE y correlativos de su RLFCE.
- Los conceptos empleados por Telcel respecto a la “*presunción de inocencia*”, son propios de procesos penales, mismas que son inaplicables al procedimiento sobre existencia de poder sustancial en el mercado relevante, que se establece en el artículo 33 bis de la LFCE, para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la LFT, así como para efectos de la regulación establecida en las demás disposiciones legales o reglamentarias que prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos.
- De conformidad con lo establecido por el artículo 63 de la LFT, la comprobación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE, constituye un presupuesto necesario para que el regulador sectorial aplique “*al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones que tenga poder sustancial en el mercado relevante, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información*”. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 63 de la LFT, señala que “*la **regulación** tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos el costo incremental promedio de largo plazo*” (énfasis añadido).
- La calidad de concesionario está asociada al cumplimiento de las obligaciones y regulaciones previstas tanto en la legislación de la materia como en el título de concesión correspondiente. No se trata entonces de determinaciones que se dirijan a establecerle una sanción, sino de regulaciones que el concesionario como tal está obligado a cumplir.
- La aplicación de regulaciones generales (por ejemplo, de aplicación a todos los concesionarios de telecomunicaciones) obedece a las características esenciales del sector y son indispensables para el proceso de competencia y libre concurrencia, así como la operación de las redes de telecomunicaciones como una sola. Por otra parte, la determinación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante por parte de un agente económico es necesaria para asegurar que las regulaciones específicas (como las obligaciones en materia de precios, calidad e información previstas en el artículo 63 de la LFT) puedan aplicarse sólo cuando exista dicha circunstancia estructural en el mercado de que se trate; es decir que exista poder sustancial de un agente económico en el mercado relevante.
- En suma, desde el punto de vista económico, la determinación de existencia de poder de mercado para efectos de regulación específica no supone la existencia de violaciones de alguna norma que implique una condena o que conlleve la declaración de responsabilidad sobre conductas, por lo que no se entiende ni siquiera por analogía la aplicación de los principios que se invocan, y en tal virtud, carecen de sustento las manifestaciones en tal sentido.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó lo señalado en la siguiente sección (numerales III..9.3, III..9.4 y III..9.5):

III..9.2 Que es incorrecta la apreciación que Telcel hubiere soslayado “todos los elementos relacionados y analizados a lo largo de los numerales 34 a 213” del Dictamen.

Contrario a ello, es precisamente el contenido de tales numerales que sustenta los argumentos de Telcel.

Su argumento es **inoperante por ser una manifestación gratuita** que se basa en su propio dicho, sin que al efecto el Recurrente siquiera relacione, especifique o explique de qué manera los numerales referidos fortalecen su postura.

III..9.3 El argumento referente a que “el Dictamen Preliminar se refiere a un hecho positivo: Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante del servicio de telefonía móvil a nivel nacional” es una mera opinión y no hay tal hecho positivo.

Del artículo 33 bis de la LFCE no se desprende tal cuestión ni el traslado de la carga de la prueba a Telcel. La CFC da efectos presuntivos al dictamen que la Ley no contempla.

Respecto a la reversión de la carga de la prueba en su perjuicio, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**. Telcel no señala cuáles son los extremos que se dejó a su cargo probar; adicionalmente, como se ha dicho líneas arriba, son los propios agentes quienes cuentan con la información de primera mano acerca de la situación del mercado, siendo que Telcel no aportó prueba alguna. Sin perjuicio de lo anterior, Telcel estuvo en aptitud de combatir los argumentos de la autoridad a través de su conocimiento de la industria, así como la aportación de los elementos probatorios derivados de su actividad económica, lo cual no aconteció en forma suficiente como para modificar el sentido del Dictamen.

En cuanto a la invención de presunciones en que incurre la Comisión, el argumento es **infundado**. De conformidad con el artículo 190, fracción II, del CFPC, la autoridad se encuentra facultada a efecto utilizar la prueba presuncional para comprobar la veracidad de sus conclusiones. En este sentido, la Comisión acreditó la existencia de una pluralidad de hechos fiables (como la obligación de prestar el servicio de voz y datos a usuarios finales a nivel nacional, la alta participación de Telcel en el mercado relevante en términos de suscriptores e ingresos, su capacidad para obtener adiciones netas de suscriptores por encima de sus competidores como resultado de su elevado nivel de cobertura y amplia red de distribución en todo el territorio nacional y la existencia de barreras a la entrada significativas para nuevos agentes económicos

cuya consecuencia pertinente y coherente era la detentación de poder sustancial en el mercado relevante por parte de Telcel.¹⁵⁸

III..9.5. La limitación de garantías que pretende la Comisión es indebida y vulnera el principio pro homine y es violatoria de garantías individuales, concretamente las establecidas en los artículos 1, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 y demás de la CPEUM.

Por lo demás, las afirmaciones de la Comisión sobre el objeto y efecto del procedimiento que nos ocupa son inexactas y, en todo caso, infundadas.

No existe norma en la LFCE que releve a la Comisión la necesidad de probar sus consideraciones y acusaciones, sino que por el contrario lo ordena el propio artículo 33 bis de la LFCE. Que, en ese sentido, de ninguna manera existe norma en materia de competencia económica aplicable a este procedimiento que exceptúe a la Comisión de presumir la inocencia del afectado, o sea, de presumir que el sujeto señalado por el denunciante (sic) o solicitante carece de poder sustancial en el mercado relevante.

El Dictamen no podía ni debía ser confirmado bajo ningún concepto, como tampoco debe subsistir la Resolución Definitiva, pero menos aún bajo el falaz argumento de que Telcel no hubiere desvirtuado las afirmaciones en ellos contenidas.

En cuanto a las violaciones a la CPEUM el argumento es inoperante, toda vez que esta autoridad no se encuentra facultada para entrar al estudio de la constitucionalidad de sus actos.

El argumento también resulta inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel nuevamente niega la existencia de sustento probatorio en el Expediente; sin embargo, como ya se señaló, la simple negativa no es suficiente para desvirtuarlo, si del análisis

¹⁵⁸ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: "**INDICIOS. REQUISITOS PARA QUE GENEREN PRESUNCIÓN DE CERTEZA.** Nada impide que para acreditar la veracidad de un hecho, el juzgador se valga de una presunción que se derive de varios indicios. En esta hipótesis deben cumplirse los principios de la lógica inferencial de probabilidad, a saber: la fiabilidad de los hechos o datos conocidos, esto es, que no exista duda alguna acerca de su veracidad; la pluralidad de indicios, que se refiere a la necesidad de que existan varios datos que permitan conocer o inferir la existencia de otro no percibido y que conduzcan siempre a una misma conclusión; la pertinencia, que significa que haya relación entre la pluralidad de los datos conocidos; y la coherencia, o sea, que debe existir armonía o concordancia entre los datos mencionados; principios que a su vez encuentran respaldo en el artículo 402 de la ley adjetiva civil para el Distrito Federal que previene que los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia, pues los principios enunciados forman parte tanto de la lógica de probabilidades, como de la experiencia misma, razón por la cual, cuando concurren esas exigencias, y se da un muy alto grado de probabilidad de que los hechos acaecieron en la forma narrada por una de las partes, son aptos para generar la presunción de certeza." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Agosto de 2004; Pág. 1463. I.4o.C. J/19, Registro: 180,873.

de las mismas se desprende de forma clara y sin lugar a dudas que los extremos que establece la LFCE en sus artículos 11 a 13 se encuentran acreditados, tal y como se desglosó a lo largo de toda la Resolución Definitiva.

III..10. Décimo concepto de agravio: ilegal uso y determinación de GIE¹⁵⁹

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado, exceptuando el análisis relativo al numeral "III.10.3 *La resolución definitiva es ilegal porque viola los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC*".

III..10.1 El mero concepto de grupo de interés económico no es necesario ni idóneo en el procedimiento de declaratoria de poder sustancial.

La simple afirmación de que el análisis pretendido de un grupo de interés resulta necesariamente implícito en los procedimientos de competencia resulta peligroso y antijurídico, toda vez que el análisis de la existencia de grupos de interés económico con el objeto de considerar sus componentes como un solo agente económico es verdaderamente excepcional, pues implica prescindir del concepto básico de la persona.

La CFC aplicó indebidamente el artículo 3 de la LFCE pues lo dicho en el Dictamen y los elementos obtenidos de la investigación en relación a la existencia del supuesto grupo de interés económico es contradictorio con la materia propia de ese tipo de procedimientos administrativos. Además, no basta que la CFC analice meras situaciones mercantiles.

La interpretación realizada por la CFC en el Dictamen y el Anexo 1, no cumple con los parámetros establecidos por la SCJN, esto es, la CFC debió acreditar la actividad por parte de todos y cada uno de los elementos que integran el conjunto.

No basta que la Comisión haya tenido conocimiento de la tenencia de acciones, sino debía acreditar fehacientemente que los agentes económicos en lo particular habían llevado a cabo una conducta o participación concreta, lo que no ocurrió.

Es improcedente el hecho de ampliar excesivamente el concepto de grupo económico lo que constituye un ilegal intento de limitar, a través de la imposición de obligaciones específicas, las actividades comerciales de Telcel y las personas aludidas en el anexo 1-a., así como de culparles, sancionarles o imponerles consecuencias regulatorias.

¹⁵⁹ Páginas 230 a 246 del Escrito del Recurso.

III..10.2 Se hizo una determinación improcedente del denominado grupo de interés económico Telcel, respecto del cual se carece de todo elemento probatorio y se ha violado y excedido lo dispuesto en la LFCE.

Que no hay una sola prueba o nexo causal de la cual pudiera derivarse la existencia de un grupo de interés económico para ser considerado un solo agente económico en términos de la última parte del artículo 3 de la LFCE. Ni siquiera se alude a una conducta colectiva en la que hubieren participado todos los componentes del supuesto grupo, lo único que se exponen son datos incompletos y especulaciones carentes de vinculación entre sí.

No existe ni se demuestra el llamado grupo Telcel, por lo que la resolución y sus anexos son improcedentes e ilegales.

En consecuencia, si no se demostró la existencia de tal grupo ni se reúnen los requisitos que la SCJN ha juzgado indispensables para efectos de la última parte del artículo 3 de la LFCE, entonces no es posible el análisis de competencia que se realizó en el Expediente.

Los argumentos establecidos en los numerales III..10.1 y III..10.2 son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente se constriñe a reiterar de manera textual o parafrasear los argumentos plasmados en su Escrito de Manifestaciones,¹⁶⁰ cuestiones que fueron abordadas en el apartado “VI.1.18 *Uso innecesario, indebido e ilegal del concepto de grupo de interés económico*”¹⁶¹ y “VI.1.19 *Indebida determinación del supuesto grupo de interés económico Telcel*”¹⁶² y sin que Telcel ataque de forma concreta lo que en la Resolución Definitiva se le señaló en esos aspectos. En dichos apartados específicamente se señaló lo siguiente:

VI.1.18 Uso innecesario, indebido e ilegal del concepto de grupo de interés económico

- La Comisión efectuó una debida fundamentación y motivación respecto a la determinación de grupo de interés económico; se expusieron de forma exhaustiva los razonamientos lógico-jurídicos que determinaron la pertenencia de Telcel al mismo grupo económico de interés de Telmex. Telcel omite expresar los razonamientos tendientes a desvirtuar tal consideración.
- Para el análisis de competencia, resulta necesario la identificación de grupo de interés económico al que pertenezcan los agentes económicos -en este caso, Telcel-; las empresas que integran un grupo de interés deben ser consideradas como un mismo agente económico; para este procedimiento el grupo de interés económico debe ser considerado para el análisis de poder de mercado.

¹⁶⁰ Páginas 101 a 109 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁶¹ Páginas 87 a 94 de la Resolución Definitiva.

¹⁶² Páginas 94 a 96 de la Resolución Definitiva.

- En el derecho de la competencia se ha definido que los vínculos directos o indirectos que se establecen entre las empresas que concurren en el mismo mercado relevante pueden traducirse en el ejercicio de poder sustancial de esas empresas, en la inexistencia de condiciones de competencia efectiva, o de otras situaciones análogas, dado que estos vínculos pueden eliminar los incentivos y condiciones para que compitan.
- En términos de las fracciones I y III del artículo 13 de la LFCE, la participación de mercado de un agente económico (y que puede ser entendido como el constituido como grupo de interés económico) y el poder de sus competidores, constituyen elementos a considerar en la evaluación de poder sustancial de mercado.
- El Anexo 1 Grupo de Interés Económico, expone detalladamente la argumentación jurídica y económica que sustenta los criterios respecto a la cuestión sobre el grupo de interés económico.
- Resulta necesario para analizar el poder de mercado, estudiar el comportamiento que se da cuando se presta el servicio relevante entre agentes económicos integrantes de un grupo de interés y cómo se realiza cuando el servicio relevante es prestado a agentes económicos que no pertenecen a ese grupo de interés económico.
- Afirma Telcel que la Comisión indebidamente ha aplicado en su perjuicio el artículo 3 de la LFCE. Al respecto, Telcel no señala ni justifica la forma en que, el haberla considerado en un grupo de interés económico pudo haberla afectado y, por otro, no se determinó que Telcel detenta poder sustancial por el hecho de pertenecer a un determinado grupo de interés económico, sino de todos los elementos considerados en el análisis realizado en el Dictamen para definir el mercado relevante y el poder sustancial.
- En el procedimiento de (determinación de existencia de condiciones de poder sustancial en un mercado relevante) no se analizan actividades, ni se juzgan conductas (contrarias a la LFCE) y, por tanto, tampoco pretende determinar responsables solidarios involucrados en conductas prohibidas por la LFCE, ya que el presente procedimiento no versa sobre prácticas monopólicas a que se refieren los artículos 9 y 10 de la LFCE.
- El PJJ ha establecido la facultad para determinar el grupo de interés económico, los cuales se analizan más a fondo en el Anexo 1 denominado Grupo de Interés Económico de la Resolución Definitiva, y en párrafos consecuentes de ese numeral, cuyos rubros son del tenor siguiente: *"COMPETENCIA ECONÓMICA. CORRESPONDE A LA EMPRESA SANCIONADA DEMOSTRAR QUE NO FORMA PARTE DEL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE SE ATRIBUYE LA INSTRUMENTACIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS CONDUCTAS CONSIDERADAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS"; "GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA*

ECONÓMICA.”; “TÉCNICA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA O VELO CORPORATIVO”. SU SUSTENTO DOCTRINAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.”; “COMPETENCIA ECONÓMICA. CUANDO LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA, AL IMPONER LA MULTA MÁXIMA LEGALMENTE PREVISTA A UNA EMPRESA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DA ARGUMENTOS QUE SE CONSIDERAN VÁLIDOS Y SUFICIENTES PARA MOTIVARLA, ES INNECESARIO QUE RAZONE EN QUÉ MEDIDA EL MERCADO EN EL QUE PARTICIPA CADA AGENTE ECONÓMICO REPERCUTE DE MANERA PARTICULAR EN LA SANCIÓN.”; “PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. CUANDO LAS CONDUCTAS ATRIBUIDAS A UNA EMPRESA FUERON DESPLEGADAS POR EL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE PERTENECE, LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBE VINCULAR TANTO AL AGENTE INVESTIGADO COMO A LA INTEGRACIÓN VERTICAL DE OPERACIÓN DEL ALUDIDO GRUPO.”

- Así, el agente económico con interés de referencia menciona la resolución emitida por la Primera Sala de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 169/2007, en sesión del veinticuatro de octubre de dos mil siete. Dicha resolución consideró en su parte pertinente, que “... (en) un momento dado *puede llegarse a considerar a grupos económicos como un agente económico siempre y cuando se demuestre que coordinan sus actividades para lograr un objetivo común, ya que el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí, o bien, sin el conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que sólo corresponda a dos o más componentes del grupo económico*” (énfasis añadido). Al respecto, Telcel manifestó que la presente CFC “omite considerar las actividades o conductas trascendentes para la economía de cada uno de los sujetos que estima componentes del grupo de interés económico.”
- La interpretación del concepto de agente económico en el artículo 3 de la LFCE, tomando en consideración su definición legal, así como el sistema jurídico al que pertenece, permite concluir que son agentes económicos, entre otros, las personas que compiten y concurren en los mercados sobre los cuales se debe resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva o existencia de poder sustancial en el mercado relevante, en términos de los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE.
- Por lo que hace al concepto de **grupo de interés económico**, en las sentencias en comento se afirma “Por otra parte, pero muy relacionado con... (el concepto de agente económico) *resulta importante hacer un pronunciamiento en relación a los grupos económicos a quienes, en un momento dado, puede considerárseles como un agente económico. Es factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales (...) tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes. En estos casos, es necesario analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman ese grupo, pues el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí, o bien, sin el*

conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que sólo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico. -- -Las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad fundamental de establecer un control legal efectivo sobre las grandes corporaciones que dominan el sistema económico. **Estas corporaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común**".

- La simple conformación de un grupo integrado por personas que actúan como agentes económicos y que, por tanto, pueden ser calificados como tales (lo cual los hace sujetos de la LFCE), no excluye la posibilidad de que cada uno de ellos pueda actuar de manera independiente en él o en los mercados que correspondan, e incluso realizar prácticas monopólicas sin el concurso de los demás miembros del grupo ni bajo la dirección o corresponsabilidad de la persona(s) controladora(s) del grupo.
- En lo económico, **la conformación y existencia de un grupo económico** tiene su razón de ser en la instrumentación de formas de control, coordinación y cooperación económicas y financieras que: **(i)** evitan la competencia y el desplazamiento entre sus integrantes; **(ii)** generan sinergias y/o complementariedades, y **(iii)** contribuyen a maximizar las ganancias o utilidades conjuntas. En otras palabras, el comportamiento independiente de los miembros del grupo es posible, siempre y cuando no afecte los factores que constituyen **su razón económica y financiera de ser; de otra manera, la existencia del grupo económico sería imposible.**
- Los agentes económicos que integren el grupo descrito en el párrafo anterior forman un grupo de interés económico; el cual, a su vez, es **un agente económico**, toda vez que participa en el o los mercados, en donde tengan presencia las empresas que lo conforman como un sólo competidor; esto es, como un conjunto de empresas que no compiten entre sí, pero que en virtud del grupo al que pertenecen compiten o actúan hacia afuera del mismo bajo un control o dirección común.
- Se afirma que para "*considerar que existe un grupo económico y que puede tener un carácter de agente económico para efectos de la... (LFCE)...se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del **grupo para operar en los mercados** y además **puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de jure o de facto (...)** El control de jure puede darse de diversas formas, **entre otras** cuando:*

a) *Una persona adquiere la mayoría de las acciones de una empresa;*¹⁶³

¹⁶³ Pie de página número 19 de la sentencia número 169/2007 " Esto se puede dar cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con pleno derecho a voto, que represente más del 50% del capital social de otra persona, pero tiene acciones o partes sociales con derecho a pleno voto, directa o indirectamente, y no hay otro accionista o socio con el mismo derecho, es decir, derecho pleno a voto que represente una proporción de capital social igual o mayor a la que represente las acciones o partes sociales de la que sea tenedora o titular la primera (control de facto)."

- b) *Existe la facultad de dirigir o administrar a otra en virtud de un contrato, convenios de abastecimiento de largo plazo, el otorgamiento de créditos o cuando una parte importante de los ingresos de una empresa dependan de la venta de los productos de la otra;*
 - c) *Se tiene la capacidad o el derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órganos equivalentes de la otra;*
 - d) *Existe la capacidad o el derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra;*
 - e) *Tenga vínculos de parentesco consanguíneo o afinidad en una o diversas personas morales” (énfasis añadido).*
- En cuanto a la afirmación de Telcel respecto a que la Comisión omitió considerar las actividades o conductas trascendentes para la economía de cada uno de los sujetos que componen el grupo de interés económico; tal aseveración soslaya los elementos y análisis del Anexo 1-a del Dictamen en donde se constata que la Comisión de manera exhaustiva analizó y acreditó debidamente la integración del grupo de interés económico Telcel, examinando las operaciones efectuadas por los agentes económicos que forman parte de este grupo, sin que al efecto precise la sinrazón de los argumentos plasmados en el mismo, y no establece argumentos del porqué, en su caso, los mismos puedan ser incorrectos o falsos.
 - En conclusión: **(i)** la identificación de grupo de interés económico resulta necesaria para la determinación de poder de mercado; **(ii)** los extremos que pretende Telcel que sean acreditados para la determinación de grupo de interés económico, atienden a un procedimiento completamente distinto (investigación de prácticas monopólicas), que son ajenos a la finalidad de la presente declaratoria; **(iii)** tanto en el Dictamen como en sus anexos 1 y 1-a ha quedado debidamente fundada y motivada la integración y determinación del grupo de interés económico Telcel y **(iv)** no se determinó que Telcel tuviera poder sustancial en el mercado relevante, por el hecho de pertenecer a un determinado grupo de interés económico, sino con base a todos los elementos considerados en el Dictamen para definir el mercado relevante y el poder sustancial. En suma, Telcel no precisa ni acredita, la forma en que se le ha afectado por haber sido incluida en un determinado grupo de interés económico.
 - El análisis de poder sustancial en un mercado relevante, no es aplicable exclusivamente a las investigaciones de prácticas monopólicas relativas, como lo sugiere la manifestante. Lo anterior en virtud de que el artículo 33 bis de la LFCE expresamente exige la realización de tal análisis en procedimientos como el presente.

VI.1.19 Indebida determinación del supuesto grupo de interés económico “Telcel”.

- La Comisión ha considerado al grupo de interés económico como un elemento necesario a ser considerado en un procedimiento de declaratoria de poder sustancial a fin de analizar el poder de mercado. Telcel no señala en qué consiste la improcedencia e ilegalidad de la determinación del grupo de interés al que pertenece la manifestante, así como en qué consisten las supuestas violaciones o los artículos de la LFCE que han sido excedidos. Por el contrario, de los elementos y análisis correspondiente realizado en los Anexos 1 y 1-A del Dictamen, puede constatarse todos y cada uno de los criterios que han sido considerados para la determinación de grupo de interés económico.
- Telcel señala que *“no existe una sola prueba, un nexo causal, una conducta conjunta previa y fehacientemente demostrada, de la cual pudiera derivarse la existencia de un grupo de interés económico para ser considerado un solo agente económico”* y que lo *“que se expone en el dictamen preliminar y en el Anexo 1-a son datos incompletos y especulaciones carentes de vinculación entre sí, más allá del incomprensible e inexplicable deseo arbitrario de las autoridades de Cofeco de señalar a personas determinadas como integrantes de un grupo, lo que carece no sólo de necesidad y de razón de ser, sino de todo sustento legal.”*; contrariamente a lo manifestado por Telcel, en el Anexo 1 del Dictamen, se analizaron las generalidades de grupo de interés económico, considerando diversos artículos de la LFCE y del RLFCE, que involucran el concepto de grupo de interés económico, como lo es el artículo 3 de la LFCE, así como otros ordenamientos; de igual forma, la Comisión consideró criterios al respecto emitidos por la SCJN que permiten concluir que existe un grupo económico, y consecuentemente una dirección económica unitaria, cuando se verifican o actualizan cualquiera de los siguientes criterios o una combinación de los mismos:¹⁶⁴
 - a) *Cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de dos o más personas morales.*
 - b) *Cuando una persona es tenedora o titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de estas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas.*
 - c) *Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la facultad de dirigir o administrar a una o más personas morales en virtud de las facultades que le otorga su posición dentro de los órganos de dirección y/o administración de la sociedad o sociedades en cuestión;*
 - d) *Cuando una persona tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra persona;*
 - e) *Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otras personas;*
 - f) *Cuando una persona y las vinculadas a está por parentesco consanguíneo o por afinidad tengan participación en una o diversas personas morales.*

¹⁶⁴ Anexo 1 del Dictamen.

g) Cuando una o varias personas tengan la facultad de dirigir o administrar a otras personas morales en virtud de uno o varios contratos, incluyendo el acto constitutivo de dichas personas morales.

h) Cuando las partes expresamente así lo reconozcan.

i) Cuando las actividades mercantiles de una o varias sociedades se realizan preponderantemente con la sociedad controladora o con las personas morales controladas directa o indirectamente por la o las personas físicas que ejercen dicho control.

- En el Anexo 1-A, se comprueba la actualización de los supuestos mencionados en los incisos que anteceden, al considerar entre otras cuestiones que el señor Carlos Slim Helú y sus hijos (Familia Slim), ejercen el control de América Móvil (controladora de Telcel) y de Carso, quien a su vez controla de Telmex y Telnor; la Familia Slim puede nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y en lo general, determinar el resultado de las votaciones con respecto a la mayoría de los asuntos que deben ser aprobados por sus accionistas. Se concluyó que existe una dirección económica unitaria por parte de la Familia Slim sobre Telcel, Telmex y Telnor, en tanto que son los mismos miembros de dicha familia quienes, por su participación accionaria en dichas empresas, tienen la capacidad para la toma de decisiones, así como para determinar quién las dirige, actualizándose de esta forma la parte final del primer párrafo del artículo 3º de la LFCE, al participar conjuntamente en la actividad económica, por lo que la Comisión considera que dichas empresas conforman un mismo grupo económico. Tales cuestiones no han sido objetadas y/o refutadas de ninguna forma de modo alguno por parte de la ahora manifestante.
- Conforme a lo hasta aquí argumentado, ha quedado debidamente fundada y motivada, la necesidad de determinar un grupo de interés económico, para efectos del análisis de poder sustancial, así como la debida integración del grupo de interés económico Telcel.
- Por tanto, dada la ya analizada diferencia respecto de los procedimientos aplicables a prácticas monopólicas y a las declaratorias de poder sustancial, no existe en este caso la necesidad de demostrar que se llevó a cabo una actuación colectiva por parte de los componentes de un grupo de interés económico respecto de la causa objetiva del procedimiento en el que se actúa -conforme a lo establecido por los criterios judiciales antes analizados- para motivar la determinación del grupo de interés económico.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel agregó:

III..10.3 La Resolución Definitiva es ilegal porque viola los artículos 1º, 3º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC.¹⁶⁵

El presente numeral fue materia del amparo otorgado en la Ejecutoria, mismo que fue otorgado en el entendido de que en el recurso de reconsideración opera la Litis abierta, lo que permite al recurrente hacer valer todas las cuestiones jurídicas que estime convenientes a su interés, como se advierte del apartado II.1 de la presente resolución.

Conforme a lo anterior y en cumplimiento a la Ejecutoria, este Instituto procede a estudiar a fondo el argumento de la recurrente, atendiendo a los lineamientos establecidos en la misma resolución judicial. Las manifestaciones del Recurrente fueron expresadas en el siguiente sentido:

El Recurrente señala en su Escrito del Recurso que la Resolución Definitiva es ilegal y que debe ser revocada en virtud de que es violatoria de los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis último párrafo y demás relativos a la LFCE, 55 y 56 del RLFCE, así como de los principios de congruencia, precisión y eficiencia establecidos en los artículos 222, 348 y 349 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria; que resulta violatoria de sus derechos procesales y de audiencia, en virtud de que se resolvió de forma parcial e indebida lo que Telcel sometió a consideración de la Comisión durante la tramitación del procedimiento al hacer manifestaciones y ofrecer pruebas respecto del Dictamen, pues además resulta indebido e ilegal que los numerales VI.1.18 y VI.1.19, 150 a 153 y en los anexos 1 y 1-a, entre otros, de la Resolución Definitiva se mencione y se aluda al concepto de GIE, pretendiendo sostener que Telcel es parte de uno de ellos, todo lo cual carece de la debida fundamentación y motivación, además de ser ilegal.

Es decir, a juicio del Recurrente en los numerales 150 a 153 de la Resolución Definitiva, así como en los Anexos 1 y 1.a. de la misma, se alude al concepto de GIE y se pretende demostrar que Telcel es parte del mismo, lo cual según dicho agente económico carece de la debida fundamentación y motivación, además de que considera que el citado concepto no es necesario, ni idóneo ni procedente.

Señala que en las páginas 88 y 89 la Comisión sostiene en Resolución Definitiva una serie de argumentos circulares que, básicamente, se reducen a una sola consideración: el análisis de competencia requiere la identificación de los grupos de interés económico, porque la Comisión dice que ello es así. Aunque la Comisión insista vanamente en lo contrario, el análisis de la existencia de grupos de interés económico con el objeto de considerar a sus componentes como un solo agente económico es verdaderamente excepcional, pues implica prescindir del concepto básico esencial del Derecho, que es la persona. El Recurrente continúa manifestando que resulta ilegal e improcedente, pues el propio concepto de GIE como un solo agente económico que ha utilizado en el Dictamen y sus anexos es

¹⁶⁵ Página 230 del Escrito del Recurso.

contradictorio con la manera en que se definió el mercado relevante en el procedimiento.

Manifiesta Telcel que pretendiendo desvirtuar sus argumentos y mejorar lo dicho en el Dictamen y sus anexos, la Comisión invocó criterios provenientes del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en los que se alude a la posible formación de grupos de interés económico en los procedimientos de prácticas monopólicas, los cuales no sólo son inaplicables al caso sino que también son jerárquicamente inferiores al invocado por Telcel y que proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ejecutoria emitida en el recurso de Revisión 418/2007, de la Segunda Sala de la SCJN).

El Recurrente también sugiere que la interpretación que intentó la Comisión en las páginas 186 y 187 /231 de la Resolución Definitiva y su Anexo 1, así como en las páginas 8 a 14 del Dictamen y su Anexo 1, resulta incompleta, superficial e ilegal, pues no cumple con los parámetros que según la SCJN deben considerarse para interpretar la última parte del artículo 3° de la LFCE.

De igual forma Telcel también señala que la Comisión absurdamente pretende que la posibilidad de un actuar independiente e individual de un sujeto es lo que justifique su inclusión en un GIE, con lo que no sólo pretende interpretar de manera falsaria, forzada y errónea los criterios que invoca, sino que incurre en una falacia infundada e insostenible.

El Recurrente también señala que la Comisión intentó modificar la litis al emitir la Resolución Definitiva y añadió un párrafo en la página 186/231 en el que se dice que el análisis de competencia implica la identificación de grupos de interés económico *"debido a que las empresas citadas están vinculadas con otras empresas y toman decisiones comunes que inciden en el mercado relevante."* Manifiesta que esa afirmación es completamente gratuita, pues de ninguna manera obra en el Expediente prueba alguna de actividad, conducta o participación alguna de los sujetos a que se refiere en las que tomaren decisiones comunes.

Telcel también considera que para que a una persona se le pueda considerar como componente de un grupo económico y que se trate como un solo agente económico en términos de la última parte del artículo 3° de la LFCE, no basta que se tenga conocimiento de una situación mercantil (como la tenencia de acciones), sino que es menester que se acredite previa y fehacientemente que ha llevado a cabo una conducta o participación concreta y determinada de manera colectiva respecto de la causa del procedimiento, lo que no ocurrió en este caso.

Los argumentos del Recurrente resultan **infundados** por un lado e **inoperantes** en otro, en atención a los siguientes razonamientos. Es **infundado** lo manifestado por Telcel, toda vez que este Instituto advierte que la Comisión si fundó y motivó la necesidad de determinar la existencia de un GIE, tal y como se advierte de la lectura que se realice a la Resolución Definitiva en el apartado intitulado *"VI.1.18. Uso innecesario, indebido*

*e ilegal del concepto de grupo de interés económico”, en el cual la Comisión efectuó una debida fundamentación y motivación respecto a la determinación del GIE del que forma parte Telcel, pues de la simple lectura de los anexos de la Resolución Definitiva, es posible corroborar que en los mismos se expusieron de forma exhaustiva los razonamientos lógico-jurídicos y económicos que permitieron determinar la pertenencia de Telcel al GIE de Telmex. Además, Telcel omite expresar los razonamientos lógico-jurídicos tendientes a desvirtuar tal consideración, pues únicamente menciona de manera general que dicho GIE “(...) **es definido en forma incongruente, infundada e incorrecta (...)**”.*

Por otro lado, ha quedado precisado que la determinación de un GIE es necesaria en un procedimiento de declaratoria, en atención a que el procedimiento tramitado en términos del artículo 33 bis de la LFCE tiene por objeto resolver sobre cuestiones de competencia efectiva, poder sustancial en el mercado relevante y otros términos análogos. Si bien se trata de características estructurales del mercado, lo cierto es que la existencia de poder sustancial también se refiere a un atributo o capacidad de los agentes económicos. En concreto, el artículo 13, fracción I, de la LFCE se refiere a la capacidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. A partir de esta premisa es posible extraer dos conclusiones.

1. En la realidad actual, son grupos empresariales los que pueden tener la capacidad de fijar precios. Al tratarse de una característica de los agentes económicos, es necesario recurrir al concepto de agente económico contenido en la normatividad. El artículo 3 de la LFCE establece que todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o **cualquier otra forma de participación en la actividad económica**. Así, con fundamento en la LFCE puede reputarse como agente económico a cualquier forma de participación en la actividad económica.

Ahora bien, una forma de participación en la actividad económica es mediante grupos económicos o empresariales. Es decir, una colectividad de empresas morales dedicadas a una actividad o actividades de uno o diversos sectores que se coordinan por un interés económico y/o financiero común, como ha quedado expuesto en la respuesta al tercer agravio. Así, si un GIE puede tener participación en una actividad económica, es posible considerarlo como agente económico.

El procedimiento tramitado en el Expediente tiene por objeto contingente resolver sobre poder sustancial, una característica de los agentes económicos. Si se dejase de apreciar a todos los agentes económicos en su justa dimensión, como lo son los grupos de interés económico, el producto del procedimiento sería no satisfactorio para el proceso de competencia y libre concurrencia que es de interés social. Por lo tanto, resulta necesario y apegado a derecho considerar a los grupos económicos como agentes económicos de conformidad con el artículo 3 de la LFCE.

No es privativa de este Instituto y de la Comisión la idea de que una forma de participación en la actividad económica puede ser en grupo, sino que América Móvil, S.A.B. de C.V., controladora del Recurrente, así lo reconoce y lo ostenta públicamente. Las notas de los estados financieros consolidados de dicha sociedad,¹⁶⁶ incluyen las cuentas de América Móvil, S.A.B. de C.V. y las de sus subsidiarias. Es relevante que el mismo documento indica que dichas subsidiarias operan en el ramo de las telecomunicaciones o prestan sus servicios a empresas relacionadas con dicha actividad y que para efectos de las notas a los estados financieros, los saldos y operaciones intercompañía han sido eliminados.

De lo anterior, se desprende que la controladora del Recurrente pasa por alto la personalidad de cada una de sus subsidiarias y reporta a sus accionistas su actividad como grupo económico dedicado a las telecomunicaciones. El hecho de que se incluyan las cuentas de las subsidiarias de la controladora implica que se trata de un análisis de los resultados del grupo en esa actividad central y no de los resultados de la persona moral América Móvil, S.A.B. de C.V., de manera aislada. Eliminar los saldos y operaciones intercompañía para la elaboración de los estados financieros llevan, sin duda, a la conclusión de que América Móvil, S.A.B. de C.V. se percibe a sí misma como la cabeza de un grupo económico. Si prevalecieran los intereses de la persona moral América Móvil, S.A.B. de C.V., de manera aislada, o de alguna de sus subsidiarias, como lo es Telcel, no habría necesidad de consolidar las cuentas de sus subsidiarias ni eliminar los saldos entre ellas para elaborar un reporte para sus accionistas.

En ese sentido, los argumentos del Recurrente parecen no corresponder con el funcionamiento de su controladora. Pareciera más bien que el argumento que se atiende está encaminado a buscar un formalismo para cuestionar la validez de la Resolución Definitiva, aunque ello implique negar las políticas y prácticas contables de su controladora.

Asimismo, es de explorado derecho y no debe pasar desapercibido por el Recurrente que un agente económico también puede ser entendido como aquel que a su vez está constituido como un GIE, lo cual es reconocido por nuestros órganos judiciales mediante la emisión de diversos precedentes, en los cuales también está basado el análisis realizado por la Comisión en la Resolución Definitiva y que, a su vez, es corroborado por el precedente judicial emitido por la Primera Sala de la SCJN, en el amparo en revisión 418/2007 y al cual hace alusión el Recurrente en el Escrito del Recurso.

Por lo que se refiere a la falta de fundamentación para justificar la necesidad de determinar la conformación de un GIE, la Comisión señaló puntualmente los preceptos legales en los cuales sustentaba la necesidad de realizar el citado análisis; utilizando además la inclusión de parámetros con los cuales motivó dicha actuación, señalando que: "(...) en el derecho de la competencia se ha definido que los vínculos directos o indirectos que se establecen entre las empresas que concurren en el mismo mercado relevante

¹⁶⁶ Folio 6215 del Expediente.

pueden traducirse en el ejercicio de poder sustancial de esas empresas, en la inexistencia de condiciones de competencia efectiva, o de otras situaciones análogas, dado que estos vínculos pueden eliminar los incentivos y condiciones para que compitan.”

Por lo tanto, si Telcel señala de manera gratuita que el mero concepto de GIE no es necesario, ni idóneo, ni procedente en el presente procedimiento, debe en primer lugar acreditarlo de manera indubitable y sin recurrir a meras suposiciones, máxime cuando en la Resolución Definitiva la Comisión si expuso los preceptos legales para sustentar dicha determinación, así como los motivos que hacen posible que un GIE pueda ser considerado en su conjunto como un solo agente económico.

En segundo lugar, el hecho de que para el Recurrente “no se haya entendido” la definición y conformación del GIE, no es razón suficiente para desestimar la fundamentación y motivación que al respecto puntualizó la Comisión, toda vez que la falta de comprensión de la recurrente es un elemento subjetivo que no puede ser imputado a la autoridad resolutora para invalidar una resolución.

2. Al tratarse el poder sustancial de un atributo o capacidad de los agentes, puede existir y quedarse en potencia o ser ejercido. La LFCE reconoce la existencia de poder sustancial. Esta puede ser ejercida de manera indebida como se desprende del artículo 10 de la LFCE y también puede existir en potencia, como se desprende del artículo 13 y 33 bis de la LFCE.

El ejercicio indebido del poder sustancial mediante las conductas descritas en el artículo 10 de la LFCE es sancionable. La autoridad de competencia impone sanciones a conductas ya ocurridas una vez que verifica que el poder sustancial existe y que fue aplicado mediante una o varias de las conductas establecidas en el artículo 10 de la LFCE.

Por otra parte, la existencia de poder sustancial sin que sea ejercido no es sancionable por sí misma, pero, sin duda, genera un riesgo al proceso de competencia y libre concurrencia. Para mitigar los riesgos que puede generar su existencia en un mercado relevante, la autoridad reguladora del sector puede establecer regulación específica. Dicha regulación específica tiene como presupuesto que la autoridad de competencia determine la existencia de poder sustancial. Esto es, no necesita verificar su ejercicio, sino únicamente detectar que algún agente económico detenta dicha capacidad.

De lo expuesto, es factible concluir que la reacción del Estado frente al ejercicio de poder sustancial es punitiva y disuasiva, mientras que para la pura existencia de poder sustancial el estado puede optar por establecer medidas preventivas mediante la imposición de obligaciones específicas. Esta conclusión no resulta gratuita, sino que ambas atribuciones, las disuasivas y las preventivas, formaban el criterio del legislador al establecer el artículo 33 bis de la LFCE. A la letra la exposición de motivos de la LFCE aplicable al procedimiento establece:

"La regulación, al igual que la política de competencia, busca la eficiencia y el bienestar económicos. Por ello, la gran mayoría de las regulaciones sectoriales contienen disposiciones apegadas a los principios de competencia; sin embargo, en muchas ocasiones les falta contundencia y precisión, lo cual permite que los reguladores adopten decisiones que conducen a conductas anticompetitivas, contrarias al objetivo de eficiencia económica. Para evitar restricciones indebidas y conductas institucionales contrarias al objetivo de eficiencia económica, la política de competencia puede actuar como complemento y refuerzo de las regulaciones sectoriales.

Tomando en cuenta que para el país es una encomienda de largo plazo revisar detalladamente las políticas en los sectores regulados, las reformas a la Ley proponen establecer los cimientos para que esta revisión se haga con apego a los principios de competencia. En este sentido, la reforma propone facultar a la Comisión para: I) establecer mecanismos de coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales para combatir y prevenir los actos prohibidos por la LFCE; II) celebrar acuerdos de colaboración interinstitucionales para fortalecer las políticas de regulación y competencia; III) resolver sobre condiciones de competencia, existencia de poder sustancial u otras cuestiones relativas al proceso de competencia y libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos y disposiciones administrativas; (...)

TERCERO. Que la política de competencia no se refiere sólo al número de las empresas, ni al tamaño de éstas, sino de su comportamiento y las condiciones de competencia en el mercado relevante.

(...)

OCTAVO. Que la intervención de la autoridad de competencia en los mercados es necesaria para prevenir y eliminar prácticas contrarias a la competencia y libre concurrencia que afecten considerablemente a los productores y a los consumidores, ya que los mercados eficientes y competitivos resuelven, de manera positiva, las interacciones de la oferta y la demanda, alcanzando la satisfacción de los participantes tanto en cantidad como en precios.

(...)"

De lo transcrito, es factible concluir que el legislador no sólo tenía presente la existencia de prácticas monopólicas, sino que con pleno conocimiento estableció:

- a) Que la política de competencia puede complementar a la regulación sectorial. Así, contrario a lo alegado por Telcel en diversos argumentos de su Escrito del Recurso, la política de competencia y la regulación sectorial no son excluyentes y no puede alegarse una inmunidad *ad hoc* derivada de la regulación sectorial.
- b) Para el fin del inciso anterior, estableció el procedimiento del artículo 33 bis para resolver sobre condiciones de competencia, existencia de poder sustancial u otras cuestiones relativas.

- c) En congruencia con el inciso a), el legislador determinó que es relevante para la política de competencia tanto el comportamiento como las condiciones de competencia en el mercado relevante. Esto es, la política de competencia es aplicable tanto para el ejercicio de poder sustancial como para su mera existencia.
- d) La política de competencia puede ser aplicable tanto para fines preventivos como para fines disuasivos. Entendiéndose por preventivos aquellos encaminados a declarar la existencia de poder sustancial y complementar la regulación sectorial.

De lo expuesto, es factible concluir que la autoridad de competencia tiene atribuciones para resolver sobre el ejercicio indebido del poder sustancial como para declarar su existencia y complementar a la regulación sectorial, como es el caso del procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE. Sobre las premisas apuntadas, **es factible concluir que el poder sustancial de un GIE no sólo puede ser aplicado por uso indebido de poder sustancial, sino para efectos preventivos y para complementar a la regulación sectorial.**

Por lo tanto, caen de base los argumentos de Telcel consistentes en que es necesario identificar la participación de los componentes del grupo de interés económico en una conducta. Máxime cuando este puede ser determinado tanto para efectos de su ejercicio como para efectos de su existencia para efectos de complementar a la regulación sectorial.

En relación a lo manifestado por Telcel en el sentido de que se trata de un argumento circular, el razonamiento de la Comisión respecto a que: *“resulta necesario para analizar el poder de mercado, estudiar el comportamiento que se da cuando se presta el servicio relevante entre agentes económicos integrantes de un grupo de interés y cómo se realiza cuando el servicio relevante es prestado a agentes económicos que no pertenecen a ese grupo de interés económico, cuestión que no puede soslayarse.”* no se trata de un argumento circular, sino de la contestación a un argumento del Recurrente en el que señaló que: *ninguna relación o nexo con el procedimiento de marras podrían tener terceros que no sean titulares de las concesiones relativas a los servicios que supuestamente integran el mercado relevante definido por esta Comisión, ninguna conducta podrían haber observado, por lo que resulta innecesario e improcedente siquiera considerarlos para ver si forman o no parte de un grupo que, de cualquier manera, no podría concebirse ni tener participación alguna en la materia del expediente.*

Por lo que se refiere a la *“indebida aplicación del artículo 3¹⁶⁷ de la Ley de Competencia”* en su perjuicio toda vez que, según el Recurrente la Comisión ha llevado a cabo una

¹⁶⁷ **ARTÍCULO 3.- Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación**

indebida aplicación del artículo 3 de la LFCE, ya que la existencia de un GIE es contradictoria con la propia naturaleza de estos procedimientos administrativos pues parecen más una denuncia por la comisión de una práctica monopólica,¹⁶⁸ dicho argumento es infundado, toda vez que este Instituto advierte que para su desarrollo, Telcel tergiversa el contenido de los artículos en los que se funda el procedimiento de determinación de poder sustancial, descontextualizando su contenido y alcance para alegar la indebida aplicación de la citada disposición normativa y consecuentemente la supuesta invalidez de la Resolución Definitiva.

Efectivamente tal y como lo señala el Recurrente, el artículo 63 de la LFT¹⁶⁹ no tiene nada que ver con la comisión de una práctica monopólica, pues éste claramente establece la facultad que tiene la autoridad correspondiente para imponer obligaciones específicas cuando se establezca que un concesionario tiene poder sustancial en un mercado relevante. Por otro lado, la Comisión actuó en el mismo sentido al señalar puntualmente que el procedimiento tramitado en el Expediente únicamente tiene la finalidad resolver sobre condiciones de mercado. Será materia de un procedimiento posterior, en su caso, en el que se impongan obligaciones específicas. Así, el resultado del procedimiento tramitado en el Expediente no puede concluir con un acto privativo, sino uno que puede servir de base para complementar la regulación sectorial.

De igual forma, el Recurrente realiza una interpretación aislada de los preceptos legales referidos en la Resolución Definitiva, vinculándola a su vez con lo determinado en la resolución emitida por la Primera Sala de la SCJN, al resolver los amparos en revisión 418/2007 y 169/2007. De esta forma, Telcel tergiversa la interpretación de lo establecido en el artículo 3 de la LFCE referida a ***“o cualquier otra forma de participación de la actividad económica”*** con el grado de participación de agentes económicos en una conducta anticompetitiva, cuando éstos pertenecen a un GIE, toda vez que la en la ejecutoria 418/2007, la Primera Sala señaló que: *“En ese orden de ideas, debe entenderse por sujetos de derecho, a las personas o entidades que respondan a un “quién” y no a un “cómo”, esto es, los instrumentos o herramientas jurídico-financieros se determinan en formas y no en sujetos, a través de un “cómo” y no de un “quién”; por consiguiente, resulta obvio que cuando el artículo 3º de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a “cualquier otra forma de participación en la actividad económica”, no se refiere a algún sujeto de derecho, sino propiamente a la actividad que éstos pueden*

en la actividad económica.” (Énfasis añadido)

¹⁶⁸ Foja 233 del Escrito del Recurso.

¹⁶⁹ **Artículo 63.** *La Secretaría estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.*

La regulación tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos, el costo incremental promedio de largo plazo.”

desarrollar o realizar y que, al trascender a la vida económica del Estado, constituya o pueda considerarse como una práctica monopólica, ya sea absoluta o relativa.”¹⁷⁰

En dicho contexto, este Instituto advierte que, con la descontextualización que Telcel pretende realizar de los preceptos normativos utilizados por la Comisión para fundar debidamente la Resolución Definitiva y el análisis sesgado de la resolución emitida por la SCJN, Telcel intenta sorprender a esta autoridad señalando que al sustanciar el procedimiento al que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE la Comisión aplicó indebidamente el concepto de GIE, lo cual a su juicio deriva en la ilegalidad de la Resolución Definitiva.

Contrario a lo señalado por el Recurrente, la determinación de poder sustancial de un grupo económico puede ser aplicada tanto para comportamientos o conductas, como para complementar la regulación sectorial mediante la aplicación de la política de competencia. En concreto, para determinar la existencia de competencia efectiva, poder sustancial o términos análogos.

Sobre la premisa apuntada es preciso aclarar lo referido por el Recurrente sobre la lectura integral que se haga a la resolución emitida en el amparo en revisión 418/2007 por la SCJN, se advierte que existen los siguientes elementos.

- El asunto a resolver derivó de la comisión de prácticas monopólicas.
- Define lo que debe entenderse por agente económico.
- Señala que es factible hablar de un grupo económico cuando *“un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr un objetivo común o bien se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes.”*
- Considera que las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad fundamental de establecer un control legal efectivo sobre las grandes corporaciones que dominan el sistema económico. Estas corporaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común.
- Establece que para considerar que existe un grupo económico y que éste pueda tener el carácter de agente económico para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de iure o de facto.¹⁷¹

¹⁷⁰ Página 31 de la ejecutoria 418/2007.

¹⁷¹ Páginas 42 a 45 de la resolución de la SCJN.

También es cierto como se señaló con anterioridad, que lo resuelto por la SCJN en los amparos en revisión 418/2007 y 169/2007 es coincidente, pues en ambos casos se concluyó que:

- “(e)s factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes”
- “las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad fundamental de establecer un control legal efectivo sobre las grandes corporaciones que dominan el sistema económico. Estas corporaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común.” (Énfasis añadido)
- A mayor abundamiento y en lo conducente, ténganse por reproducidos los razonamientos efectuados por la esta autoridad, al dar respuesta al apartado III..3 Tercer concepto de agravio: Variación de la Litis, por lo que hace a lo señalado por el Recurrente sobre un cambio en la Litis fijada por en el Anexo 1 del Dictamen Preliminar mediante la inclusión de criterios judiciales emitidos en forma posterior al inicio del procedimiento.

Como se advierte, las resoluciones de los amparos en revisión 418/2007 y 169/2007 se refieren y se circunscriben a la comisión de prácticas monopólicas, por lo que tienen una naturaleza jurídica distinta al análisis de poder sustancial en términos del artículo 33 bis de la LFCE. Las prácticas monopólicas son conductas antijurídicas que ameritan la imposición de una sanción. La determinación emitida en términos del artículo 33 bis únicamente analiza las condiciones y estructura de un mercado (s) relevante (s) determinado (s) a efecto de establecer si existen condiciones que puedan afectar el proceso de competencia y libre concurrencia. La consecuencia de encontrar poder sustancial en el procedimiento seguido en términos del artículo 33 bis de la LFCE consiste determinar si es procedente iniciar un procedimiento diverso en el que se pudieran llegar imponer obligaciones específicas para contener o prevenir el ejercicio de poder sustancial complementando a la regulación sectorial.

Así, determinar la existencia de un GIE en un caso y otro será distinto. Será necesaria la aplicación de metodologías diversas. La determinación de un GIE para el caso de investigaciones de prácticas monopólicas relativas y la posterior imposición de una sanción, tendrá que atender los vínculos entre la colectividad de personas físicas y morales y sus intereses comunes, pero también deberá atender, necesariamente, al grado de participación de cada persona en la práctica. La referencia al grado de participación resulta necesaria porque una sanción es una manifestación de la potestad punitiva del Estado.

Sobre esa base, la SCJN ha reconocido que “*puede ocurrir que aun cuando existiera una relación económica entre diversas entidades comerciales componedoras de un grupo económico determinado, ello no implica forzosamente que todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades realizadas por el grupo.*”

Es decir, podría haber empresas que formaran parte del mismo GIE por tener intereses comerciales y financieros afines y por coordinar sus actividades para lograr un objetivo común, o que se hayan unido para la realización de un fin determinado en aras de lograr dichos intereses comerciales y financieros comunes; pero podría suceder que alguno de los integrantes del GIE no haya participado en la comisión de la conducta, por lo cual no se podría sancionar a todas las empresas que forman parte de dicho GIE, sino únicamente a aquellas que participaron directa o indirectamente en la comisión de la conducta prohibida por la ley. Es decir, el supuesto en que se puede dejar de incluir a un ente físico o moral dentro de un GIE sucede cuando deba imponerse una sanción por la comisión de una conducta anticompetitiva en la que no participó.

Distintamente, en una declaratoria es necesario conocer la **estructura del mercado relevante y de aquellos agentes económicos que participan en el mismo**, ya sea en forma unitaria o en una colectividad. En dicho contexto, el carácter de GIE no va a derivar de la comisión de un acto o actividad similar, sino de la integración que exista entre todas y cada una de las empresas que conforman al GIE, al tener intereses comerciales y financieros afines y que además coordinen sus actividades en el mercado relevante definido para efectos de la declaratoria. Esto es, podrá integrarse válidamente a este GIE a todas las personas físicas o morales que participen dentro del mercado relevante definido para efectos de la declaratoria. En este caso no es necesario acreditar un grado de participación en conducta alguna porque i) no se trata de una manifestación de la potestad punitiva del estado, es decir, no se impondrá una sanción y ii) tiene por objeto complementar a la regulación sectorial si así se estima pertinente por el regulador del sector correspondiente.

Por lo tanto, tal y como se ha señalado en párrafos anteriores, las consecuencias en la determinación de un GIE cuando se investiga y se resuelve sobre la comisión de una conducta anticompetitiva y una declaratoria de poder sustancial, son distintas.

Ahora bien, en la resolución de la Primera Sala de la SCJN a la que hace referencia la recurrente (418/2007), se señaló expresamente que para considerar que existe un grupo económico y que para que éste pueda tener el carácter de agente económico en términos de la LFCE, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, si puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra (ya sea de iure o de facto).¹⁷²

Ahora bien, de la lectura integral que se realice a la Resolución Definitiva, se advierte claramente que la Comisión resolvió en el mismo sentido que hizo la Primera Sala de

¹⁷² Páginas 43 y 44 de la resolución de la Primera Sala de la SCJN en el recurso de revisión 418/2007.

la SCJN en el precedente 169/2007, que es coincidente con el 418/2007 y citado por la propia recurrente, pues la citada autoridad señaló en la página 5, del Anexo 1, intitulado "Grupo de Interés Económico" de la Resolución Definitiva que:

"Finalmente, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado al respecto y ha emitidos diversos criterios que evidencian la posibilidad de abordar el análisis de los grupos de interés económico. Así, en la sentencia dictada el veinticuatro de octubre de dos mil siete en el amparo en revisión 169/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que "(es) factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes." (Énfasis añadido)

De igual forma, la Comisión también señaló en la Resolución Definitiva¹⁷³ que siguiendo los criterios emitidos por el Poder Judicial respecto a los elementos que deben considerarse para determinar si existe un GIE, **deben verificarse o actualizarse cualquiera de los siguientes:**¹⁷⁴

¹⁷³ Página 186 y 187 de la Resolución Definitiva: "150. El análisis de competencia implica la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan las empresas anteriormente presentadas. Lo anterior es así debido a que las empresas citadas están vinculadas con otras empresas y toman decisiones comunes que inciden en el mercado relevante.

151. De la doctrina y de diversas legislaciones, se desprende que existe un grupo de interés económico y, consecuentemente, una dirección económica unitaria, cuando se trata de personas físicas o morales que actualizan cualquiera de los siguientes criterios o una combinación de los mismos:

a) Cuando las partes expresamente así lo reconozcan;

b) Cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del 50% del capital social de dos o más personas morales;

c) Cuando una persona es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de estas personas, respecto de los demás accionistas de las mismas;

d) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la facultad de dirigir o administrar a una o más personas morales en virtud de las facultades que le otorga su posición dentro de los órganos de dirección y/o administración de la sociedad o sociedades en cuestión;

e) Cuando una o varias personas, directa o indirectamente, tengan la facultad de dirigir o administrar a otra u otras en virtud de uno o varios contratos, incluyendo el acto constitutivo de dichas personas morales;

f) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra;

g) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otra u otras;

h) Cuando una persona y las vinculadas a ésta por parentesco consanguíneo o por afinidad, tengan participación en una o diversas personas morales. En este caso existe una presunción iuris tantum, ya que podrían existir excepciones a esta regla cuando el comportamiento histórico de las personas vinculadas por el parentesco, así como las personas morales a ellas relacionadas, permitan demostrar que no forman parte del mismo grupo de interés económico o,

i) Cuando las actividades mercantiles de una o varias sociedades se realizan preponderantemente con la sociedad controladora o con las personas morales controladas directa o indirectamente por la o las personas físicas que ejercen dicho control."

¹⁷⁴ Página 9, del Anexo 1, de la Resolución Definitiva y página 7, del Anexo 1 del DP.

"a) Cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de dos o más personas morales.

b) Cuando una persona tenedora o titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de estas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas.

c) Cuando una o varias personas, directa o indirectamente, tenga la facultad de dirigir o administrar a una o más personas morales en virtud de las facultades que le otorga su posición dentro de los órganos de dirección y/o administración de la sociedad o sociedades en cuestión;

d) Cuando una persona tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra persona;

e) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otras personas;

f) Cuando una persona y las vinculadas a esta por parentesco consanguíneo o por afinidad tengan participación en una o diversas personas morales.

De la lectura integral y comparativa contenida de las transcripciones anteriores, se advierte que contrario a lo aducido por el Recurrente, en la Resolución Definitiva la Comisión no interpretó ni aplicó de manera errónea el precedente emitido por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal en el amparo en revisión 418/2007. Es decir, a pesar de que la Comisión y Telcel hicieron referencia a precedentes judiciales distintos, el análisis y contenido de ambos es coincidentes, pues establecen claramente lo que debe entenderse por un GIE y los elementos que deben tomarse en consideración al determinar su existencia.

Ahora bien, tal y como se fundó y motivó en la Resolución Definitiva¹⁷⁵ por parte de la Comisión, es preciso señalar que el análisis y conformación de un GIE en materia de competencia económica es indispensable para sustanciar el procedimiento de declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante, en **virtud de los vínculos directos o indirectos entre empresas que conforman este tipo de unidades económicas para lograr una política unitaria en su dirección empresarial, supone desde la lógica económica que las empresas que lo integran, dirigen su comportamiento para alcanzar fines comunes**, no obstante que este tipo de unidades económicas no tengan una definición específica en virtud de su propia y compleja naturaleza.

De igual forma, es **infundado** lo aducido por el Recurrente al manifestar que la Comisión señaló que *"la imposibilidad de actuar independiente e individual de un sujeto es lo que justifique su inclusión en un grupo de interés económico"*, toda vez que si el Recurrente

¹⁷⁵ Páginas 88 a 90 de la Resolución Definitiva.

se avoca a dar una lectura correcta a lo señalado por la Comisión y no a tergiversar el contenido de la Resolución Definitiva, advertiría que la citada autoridad refirió un argumento distinto, pues esta señaló que “Los vínculos directos o indirectos entre empresas suponen la ausencia de independencia económica, originando toma de decisiones dependientes e impidiendo la operación autónoma. Consecuentemente, existe una dirección unitaria en la política empresarial, inclusive en lo que hace a la determinación de precios y cantidades producidas del producto, entre otros, existiendo constantes intercambios de información. Esto es, no existe la independencia necesaria para que pueda existir competencia entre esas empresas.”¹⁷⁶ (Énfasis añadido)

En este punto es preciso reiterar que América Móvil, S.A.B. de C.V., controladora del Recurrente, reconoce y ostenta públicamente en las Notas de sus estados financieros consolidados,¹⁷⁷ que incluye las cuentas de sus subsidiarias y que para efectos de dichos estados financieros elimina los saldos intercompañía. Es relevante que el mismo documento indica que dichas subsidiarias, entre las que se encuentra Telcel, operan en el ramo de las telecomunicaciones o prestan sus servicios a empresas relacionadas con dicha actividad.

Sobre esa misma premisa, es **inoperante** lo manifestado por el Recurrente al señalar que “*de ninguna manera obra en el expediente prueba alguna de actividad, conducta o participación alguna de los sujetos a que se refiere en las que tomaren decisiones comunes*”, toda vez que dicha manifestación deriva de una apreciación errónea por parte de Telcel, puesto que como se advierte del contenido de la Resolución Definitiva y del precedente judicial citado por el Recurrente, en la determinación de un GIE debe acreditarse la existencia de vínculos directos o indirectos entre empresas, los cuales se hacen patentes cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes.

En el mismo sentido, tanto en el Dictamen¹⁷⁸ como en la Resolución Definitiva¹⁷⁹ se señalaron de manera detallada y pormenorizada los vínculos de control directo e indirecto entre las empresas que conforman el GIE del que forma parte Telcel, y los medios a través de los cuales se obtuvo la información para acreditar la conformación del mismo, por lo que de la lectura que se dé a la misma, puede extraerse la siguiente información:

“Carlos Slim y sus familiares más cercanos cuentan con el control de América Móvil, S.A.B de C.V. (AMÉRICA MÓVIL) y Carso Global Telecom, S.A.B. de C.V. (CARSO). La

¹⁷⁶ Página 1, del Anexo 1, de la Resolución Definitiva.

¹⁷⁷ Folio 6215 del Expediente.

¹⁷⁸ “Anexo 1-a. Grupo de interés económico Telcel”, página 8.

¹⁷⁹ “Anexo 1-a. Grupo de interés económico Telcel”, página 11 a 19.

primera tiene, a su vez, el control de Radiomóvil Dipsa, S. A. de C.V. (TELCEL), y CARSO el de Teléfonos de México, S. A. B. de C. V. (TELÉFONOS DE MÉXICO).

TELÉFONOS DE MÉXICO cuenta con las siguientes concesiones para prestar diversos servicios en materia de telecomunicaciones (...).¹⁸⁰

(...)

El grupo de interés económico TELCEL actualiza los supuestos señalados en los incisos del Anexo 1 que se mencionan a continuación: a) una persona, directa o indirectamente, tiene o es titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto que representen más del 50% del capital social de dos o más personas morales; d) una persona tiene la capacidad o el derecho de designar a la mayoría de los miembros del consejo de administración o del órgano equivalente de otra persona moral; f) varias personas vinculadas por parentesco consanguíneo o por afinidad tienen participación en una o varias personas morales, y h) el reconocimiento por parte de las personas morales de su pertenencia a un mismo grupo de interés económico. Estos aspectos se analizan a continuación.

A. Pertenencia de TELÉFONOS DE MÉXICO al Grupo de Interés Económico.

CARSO es una sociedad mexicana que controla acciones de diversas compañías. Aproximadamente el 82% de las acciones de CARSO se encuentran directa o indirectamente en poder de la familia Slim, lo cual permite a dicha familia nombrar a la mayoría del Consejo de Administración. 15 Carlos Slim Domit (hijo de Carlos Slim Helú) es el vicepresidente del Consejo de Administración de CARSO, mientras que son suplentes del mismo consejo Arturo Elías Ayub y Daniel Hajj Domit (ambos unidos a Carlos Slim y sus hijos por parentesco por afinidad), así como Patrick y Marco Antonio, ambos de apellidos Slim Domit (hijos de Carlos Slim Helú).

CARSO es propietario del 71.3% de las acciones con derecho a voto (series "AA y A") de TELÉFONOS DE MÉXICO, según se desprende de la información siguiente:¹⁸¹

(...)

B. Pertenencia de TELCEL al Grupo de Interés Económico.

AMÉRICA MÓVIL es una controladora mexicana de empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones inalámbricas y diversas operaciones en diversos países de Latinoamérica, como México, Chile, Brasil, Perú, Argentina, Colombia, Ecuador, Puerto Rico, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, así como en Estados Unidos.

El capital social de América Móvil se distribuye en tres tipos de acciones: "AA", "A" o "L". Las acciones serie AA y serie A tienen derechos de voto plenos. Los tenedores de las acciones serie L, únicamente pueden votar en circunstancias limitadas. Las acciones "AA" representan el 95.40% de las acciones con derecho a voto.

¹⁸⁰ Página 11, del Anexo 1-a, de la Resolución Definitiva.

¹⁸¹ Página 17, del Anexo 1-a, de la Resolución Definitiva.

*De acuerdo al reporte anual de AMÉRICA MÓVIL que se presenta de acuerdo con las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Emisoras de Valores y a otros participantes del Mercado de Valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2007, los accionistas que tienen más del 5% de la participación accionaria se indican en el siguiente cuadro: (...)*¹⁸²

(...)

De estas transcripciones de la Resolución Definitiva, se advierte claramente lo infundado de las manifestaciones del Recurrente respecto a que no existen pruebas que amparen ni justifiquen la determinación de un GIE, **ni la no pertenencia de Telcel al mismo**, máxime cuando dicho agente económico no aportó ningún elemento que desvirtuara la conclusión de la Comisión respecto a su pertenencia a dicho GIE.

Finalmente, es **infundado** lo señalado por Telcel respecto a que el hecho de ampliar excesivamente el concepto de GIE considerado como un solo agente económico constituye un ilegal intento de limitar a través de la imposición de obligaciones específicas sus actividades comerciales. Lo infundado de dicho argumento deriva del hecho de que, tal y como se señaló en la Resolución Definitiva,¹⁸³ el procedimiento a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE no es uno en el que la Comisión o este Instituto realice funciones tendientes a imputar responsabilidades por violaciones a la LFCE. Además, el procedimiento de declaratoria no es aquel en el que se impone regulación (u obligaciones específicas como lo refiere Telcel) al agente económico que resulte declarado con poder sustancial. Como se ha señalado no sólo en la Resolución Definitiva, sino también es la presente resolución, la imposición de regulación específica, en caso de resultar procedente y necesaria, se substanciará en un procedimiento diverso.

Segundo. En el presente apartado, el Recurrente incluye manifestaciones repetitivas y circulares que también fueron plasmadas en el apartado Primero, por lo que, a fin de no caer en repeticiones innecesarias, se remite a la recurrente a lo señalado en párrafos precedentes, y, por otro lado, se retoman argumentos planteados para dar contestación nuevamente en el presente apartado.

Telcel manifiesta que el hecho de que el artículo 3 de la LFCE no establezca qué debe entenderse por GIE ni los alcances de éste en la sustanciación de los procedimientos, deriva en una indebida interpretación por parte de la autoridad de competencia, en detrimento de Telcel. Para robustecer esta primera premisa

¹⁸² Página 18, del Anexo 1-a, de la Resolución Definitiva.

¹⁸³ Página 85 y 86: "(...) la resolución que emita el Pleno de esta COMISIÓN en el expediente en que se actúa será de naturaleza declarativa, es decir, sólo tendrá por objeto determinar si existen o no en el mercado relevante agentes económicos con poder sustancial, sin menoscabar, disminuir o suprimir derecho alguno de los agentes económicos en cuestión, pues no tiene por objeto desconocer la concesión otorgada a su favor, impedir que continúen prestando sus servicios y mucho menos imponerles sanción alguna, ello en virtud de que la mera determinación de existencia de poder sustancial en el mercado relevante por la COMISIÓN no implica ni supone la comisión de una infracción o violación a la LFCE, y por ende, no tiene como consecuencia la aplicación de sanción alguna."

(el análisis aislado del alcance del último párrafo del artículo 3 de la LFCE) Telcel interpreta sesgadamente la resolución emitida por la Primera Sala de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 169/2007 y motiva su defensa con base en lo siguiente:

“La interpretación extensiva que intenta la Cofeco en la Resolución Definitiva para denegar la procedencia de los argumentos de mandante resulta incompleta, superficial e ilegal, pues no alude al texto del precepto citado ni cumple con los parámetros que según la Suprema Corte deben considerarse para interpretar la última parte del artículo 3° de la Ley Federal de Competencia Económica, ya que omite considerar las actividades o conductas trascendentes para la economía de cada uno de los sujetos que estima componentes del grupo de interés económico”. (Énfasis añadido)

Como ya se ha señalado en el apartado anterior, el criterio de la SCJN al que hace referencia la recurrente, tiene su origen en un procedimiento para determinar prácticas anticompetitivas, el cual por su propia naturaleza es distinto de aquel al que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE. En dicha tesis el Alto Tribunal concluyó partiendo de un análisis de prácticas monopólicas, que la conformación de un GIE no excluye la posibilidad de que cada uno de sus integrantes, pueda actuar de manera independiente en él o en los mercados que correspondan e incluso realizar prácticas monopólicas sin el consentimiento de los demás miembros del grupo ni bajo la dirección o corresponsabilidad de la persona controladora. Asimismo, el criterio en cuestión destaca el hecho de que un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, -empresas interrelacionadas- tiene intereses comerciales y financieros afines y por lo tanto coordinan sus actividades para lograr el objetivo común.

La conclusión de la tesis antes descrita, es indicativa de que el razonamiento que realizó la SCJN fue necesario para evaluar el grado de participación o la ausencia de la misma en una conducta anticompetitiva de conformidad con los artículos 9 y 10 de la LFCE y no para el análisis que contempla el artículo 33 bis del mismo ordenamiento. Por lo tanto, **cuando se alude a la “forma de participación de la actividad económica” no se interpreta el alcance del último párrafo del artículo 3 de la LFCE, sino el grado de participación de los agentes económicos en la conducta anticompetitiva cuando éstos pertenecen a un GIE.**

Por lo anterior, es infundado que la autoridad de competencia en el análisis para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, sea necesario que “se analicen, demuestren, estudien, y resuelvan conductas concretas imputables a un conjunto de personas físicas o morales y no basta que se analicen meras situaciones mercantiles”, pues como se indicó, el análisis de la conformación de GIE en el procedimiento al que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE se realiza en función de que las empresas que participan en el mercado relevante definido, dirigen su comportamiento para alcanzar fines en ese mercado y no para entender el grado de participación en una conducta anticompetitiva.

Por lo que refiere a las manifestaciones de Telcel en el sentido que *“no existe una sola prueba, un nexo causal, una conducta conjunta previa y fehacientemente demostrada, de la cual pudiera derivarse la existencia de un grupo de interés económico para ser considerado un solo agente económico (...)”*¹⁸⁴, el argumento de Telcel es **infundado**, toda vez que la recurrente continúa su defensa descontextualizando lo establecido por la SCJN y desconoce sin sustento que el Anexo 1-a de la Resolución Definitiva, sí menciona los hechos que acreditan la pertenencia e integración del GIE del que forma parte Telcel.

Dichas pruebas son específicamente aquellas que versan sobre la tenencia accionaria respecto las acciones de Telmex, ya que el detentar acciones constituye un hecho comprobado, del cual se puede concluir válidamente que no sería racional para las personas mencionadas en el Anexo 1-a de la Resolución Definitiva, que aquellas empresas en las cuales detenta tenencia accionaria indirecta o directa (como Telmex), realicen acciones en perjuicio del resto de sus empresas (como Telcel). El análisis referido se detalla en el apartado *“III. 10. 4 Que en la Resolución Definitiva se pretende que “Telcel no justifica la forma en que haberlo considerado en un determinado grupo de interés económico pudo haberla afectado”*, al cual se remite a fin de evitar repeticiones innecesarias.

No pasa desapercibido que una vez más Telcel intenta erróneamente hacer notar que la autoridad de competencia, al sustanciar el procedimiento del artículo 33 bis de la LFCE (en donde exista un GIE), debe analizar: *“conducta, acto o participación conjunta alguna de las personas que se mencionan en el anexo 1.a en los servicios, mercado y situaciones materia del procedimiento DC-08-2007, por lo que de ninguna manera podría considerarse ni justificarse que exista un grupo económico para los efectos que pretende (...)”*. Lo cual, como se ha reiterado a lo largo de la presente resolución, es una apreciación incorrecta.

De lo antes transcrito se identifica que el precedente judicial que motiva el argumento de Telcel, contiene elementos referentes al control de iure, intereses afines y coordinación de actividades que la autoridad de competencia sí evaluó al momento de analizar la forma en la que Telcel participa en la actividad económica investigada a la que se refiere el mercado relevante.

Por lo tanto, es dable concluir que es **infundado** lo señalado por Telcel al manifestar que la autoridad de competencia no cumplió con los parámetros establecidos para determinar la existencia de un GIE, puesto que los cumplió a cabalidad interpretando su contenido de manera fundada y motivada; solo que no lo hace conforme las pretensiones del Recurrente.

En el “Anexo 1. Grupo de Interés Económico” de la Resolución Definitiva, se expone detalladamente la argumentación jurídica y económica que sustentan los criterios sobre la determinación del GIE del que forma parte Telcel.

¹⁸⁴ Foja 244 del Escrito del Recurso.

Por último, las manifestaciones de Telcel en las que indica que la resolución no consideró lo establecido por los artículos 222, 348 y 349 del CFPC de aplicación supletoria, son inoperantes por manifestaciones genéricas y no justificar la transgresión reclamada, ya que no ofrece elementos que permitan a esta autoridad atender de forma concreta la supuesta violación. Lo anterior, toda vez que Telcel se limita a enunciar los artículos referidos sin señalar el acto u omisión que produjo la supuesta transgresión y sin explicar cómo es que dicha circunstancia le causó perjuicio y, por el contrario, del análisis realizado en el presente apartado, este Instituto advierte la debida motivación y fundamentación de la Resolución Definitiva.

III..10.4 Que en la Resolución Definitiva se pretende que “Telcel no justifica la forma en que haberlo considerado en un determinado grupo de interés económico pudo haberla afectado”, lo que constituye una denegación de justicia.

Es claro que se demostró la afectación porque fue por esa definición de GIE que se declaró a Telcel como agente dominante. (párrafos 205 del Dictamen y 320 de la Resolución Definitiva)

La Comisión invocó (página 90 de la Resolución Definitiva) criterios provenientes del PJJ, donde se alude a la formación de grupos de interés económico en los procedimientos de prácticas monopólicas. Esos criterios no sólo son inaplicables (pues se refieren a procedimientos de otra naturaleza) y son inferiores al invocado por Telcel (que proviene de la SCJN) y no desvirtúan las afirmaciones de Telcel, pues hacen énfasis en la necesidad de señalar conductas coordinadas concretas, lo que en especie no fue demostrado.

La Comisión desestima los argumentos de Telcel que considera se basan en procedimientos de prácticas monopólicas, pero sustenta la Resolución Definitiva en criterios que se refieren a ese tipo de procedimientos. La interpretación de la Comisión no cumple con los parámetros que deben considerarse para interpretar el artículo 3° de la LFCE,¹⁸⁵ ya que omite considerar las actividades trascendentes

¹⁸⁵ La SCJN señaló que los agentes económicos son aquellas personas o entidades que se dedican a la actividad económica, dada su estrecha vinculación con la producción, distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, siguiendo un comportamiento para obtener su máxima utilidad, que repercute necesariamente en la economía del Estado. No cualquier persona o entidad son agentes económicos, pues su actividad debe necesariamente trascender a la economía del Estado. El artículo 3° de la LFCE distingue dos cuestiones que permiten distinguir quién puede ser agente económico para determinar una práctica monopólica, por lo que debe entenderse por sujetos de derecho, a las personas o entidades que se determinan en formas y no en sujetos a través de un 'cómo' y no de un 'quién'; resulta obvio que el artículo 3° de la LFCE cuando se refiere a 'cualquier otra forma de participación en la actividad económica', no se refiere a algún sujeto de derecho, sino a la actividad que éstos pueden desarrollar y que, al trascender a la vida económica del Estado, constituya o pueda considerarse como una práctica monopólica. Consecuentemente, deben examinarse las operaciones de los agentes económicos para verificar si trascienden en la Economía del Estado. Existe un GIE cuando un conjunto de personas tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el

para la economía de cada uno de los sujetos que estima componentes del GIE. Lo anterior también se corrobora con el fundamento y las jurisprudencias invocadas por la Comisión.

“Con toda ingenuidad y cierta torpeza”, la interpretación de la Comisión sobre los artículos 2 y 3 de la LFCE (página 92 de la Resolución Definitiva) demuestra que la conducta, actividad y participación de cada sujeto es siempre necesaria al hablar de grupos de interés económico.

La Comisión atiende a argumentos "en lo económico" que no sustentan sus afirmaciones, pues la "razón de ser" de un GIE requiere la actividad o participación de cada uno de sus elementos. Además, es falso que en el Anexo 1-A del Dictamen/Resolución, la CFC hubiera examinado las operaciones efectuadas por los agentes económicos que forman parte de este grupo, pues el texto de tales anexos acredita que no existe operación, conducta o actividad de los sujetos que se hubiere examinado.

La Comisión reiteró su actitud denegatoria de justicia en la página 94 de la Resolución Definitiva indicó que: *“Telcel no señala en qué consiste la improcedencia e ilegalidad de la determinación del grupo de interés al que pertenece la manifestante”* lo que es ridículo e incongruente con las constancias de autos.

Sobre la necesidad de existir conductas coordinadas que acrediten la existencia de un GIE, el argumento es infundado. Previamente ya se ha indicado que el procedimiento de origen es un procedimiento que sólo tiene por objeto establecer la situación de un mercado relevante en específico, por lo que resulta indispensable considerar los incentivos de los agentes a dirigir su conducta en un determinado sentido. Las jurisprudencias citadas por la Comisión y el criterio citado por Telcel no resultan contradictorios, pues ambas previenen dicha institución,¹⁸⁶ por lo que carece de sentido el dicho de Telcel.

En cuanto a la necesidad de que la pertenencia a un GIE deba acreditarse mediante hechos y actividades, debe apuntarse que el anexo 1-A de la Resolución Definitiva sí

objetivo común, en aras de intereses comunes. Es necesario analizar el comportamiento colectivo de las personas que conforman el GIE, pues el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que todos sus componentes se encuentran vinculados a grado que no puedan actuar independientemente o sin el conocimiento de actividades que no les sean propias. Puede ocurrir que cuando exista una relación económica entre entidades de un GIE, no implique que todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades del grupo. Por eso es necesario acreditar fehacientemente la participación de cada uno de los componentes de un GIE en la actividad irregular, para determinar que en su totalidad es responsable.

¹⁸⁶ En el caso del criterio de la SCJN, se indican cuáles son sus elementos y naturaleza, así como algunos de sus usos (para prácticas monopólicas relativas). Mientras las tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito señalan algunas de las consecuencias jurídicas de su existencia, como la carga de la prueba en el caso de capacidad económica y pertenencia al grupo.

menciona hechos que acreditan la pertenencia al GIE. En específico, se trata de aquellos que versan sobre la tenencia accionaria respecto las acciones de Telmex, ya que el detentar acciones constituye un hecho comprobado, no un simple incentivo, de donde se pueda concluir válidamente, que no sería racional para una persona, como Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos mencionados en el Anexo 1-A de la Resolución Definitiva, que aquellas empresas de las cuales detenta tenencia accionaria indirecta o directa (como Telmex), realicen acciones en perjuicio del resto de sus empresas (como Telcel).¹⁸⁷

Los hechos en los cuáles se basó la Comisión consisten en los realizados por los controladores de Telcel (Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos referidos en el Anexo 1-A) a efecto de detentar acciones de otras empresas, como Telmex y la controladora de Telmex, así como mantener estatutos que les permitan la designación de consejeros que respondan a sus intereses, los cuales constituyen hechos probados que Telcel no desvirtúa.

También resulta **infundado** el argumento acerca de que no se acreditaron las actividades de cada miembro del GIE que trascienden en la economía nacional. Lo anterior es patente al considerarse que en el Anexo 1-A de la Resolución recurrida se hizo una relatoría sobre las actividades que cada miembro del GIE realiza. En dicho anexo se sostuvo que Telcel es titular de concesiones para explotar RRPPTT (las cuales son vías generales de comunicación) en las nueve regiones en que se divide el país, además de detentar bandas de espectro radioeléctrico (el cual es un bien nacional); mientras que una de las filiales del mismo grupo detenta concesiones para explotar RRPPTT con cobertura nacional.

¹⁸⁷ "Carlos Slim y sus familiares más cercanos cuentan con el control de América Móvil (...) y Carso (...). La primera tiene, a su vez, el control de (...) Telcel y Carso el de (...) Telmex. (...). (...) Carso es una sociedad mexicana que controla acciones de diversas compañías. Aproximadamente el 82% de las acciones de Carso se encuentran directa o indirectamente en poder de la familia Slim, lo cual permite a dicha familia nombrar a la mayoría del Consejo de Administración. (...) Carso es propietario del 71.3% de las acciones con derecho a voto (series "AA" y "A") de Teléfonos de México. (...) América Móvil es una controladora mexicana de empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones inalámbricas (...) La familia Slim tiene la mayoría de las acciones de voto de América Móvil y puede nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y, por lo tanto, puede determinar el resultado de las votaciones respecto de cualquier asunto que requiera la aprobación de los accionistas. (...) La principal subsidiaria de América Móvil en México es Telcel (...) la tenencia accionaria de América Móvil respecto de Telcel es de 100%. (...) El grupo de interés económico Telcel actualiza los supuestos señalados en los incisos del Anexo 1 que se mencionan a continuación: a) una persona, directa o indirectamente, tiene o es titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto que representen más del 50% del capital social de dos o más personas morales; d) una persona tiene la capacidad o el derecho de designar a la mayoría de los miembros del consejo de administración o del órgano equivalente de otra persona moral; f) varias personas vinculadas por parentesco consanguíneo o por afinidad tiene participación en una o varias personas morales, y h) el reconocimiento por parte de las personas morales de su pertenencia a un mismo GIE. Estos aspectos se analizan en los siguientes numerales." (páginas 1, 7, 8 y 9 del anexo 1-A de la Resolución Definitiva)

Sobre la ingenuidad y torpeza de la Comisión para interpretar los artículos 2º y 3º de la LFCE, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que Telcel no señala cómo debió ser realizada la interpretación correcta de dichos artículos, ni en qué forma hubieran trascendido al fondo.

Acerca de que la Comisión no analizó la operación de las empresas que integran el GIE de Telcel, esto es **infundado**, en los términos arriba señalados (se analizó las actividades de Telcel y Telmex que impactaban la economía nacional mediante la detentación de vías generales de comunicación y el uso de bienes nacionales, así como los hechos acreditados que demostraban los nexos en las integrantes del GIE, como la tenencia accionaria y las facultades derivadas de estatutos).

Respecto a que la tenencia accionaria y la dirección de una empresa no son suficientes para considerar a Telcel la existencia de un GIE, el argumento es **infundado**. Ya se ha mencionado que dichos extremos constituyen hechos probados, que necesariamente fueron resultado de una conducta (la de los controladores de Telcel, así como de sus socios); sin que tales extremos deban necesariamente encontrarse administrados con otros elementos, pues, de conformidad con el artículo 194 del CFPC, corresponde a Telcel destruir las presunciones que concluyó la Comisión¹⁸⁸ mediante la aportación de nuevos elementos de donde se deriva que no se ejerce control sobre ella.¹⁸⁹

Asimismo, el argumento que refiere una actitud denegatoria de justicia es **inoperante por manifestaciones genéricas**, toda vez que el Recurrente se limita a indicar que es “ridículo e incongruente” que la Comisión haya apuntado la omisión de Telcel para acreditar la supuesta impropiedad e ilegalidad de la determinación del GIE al que pertenece. Además, Telcel únicamente señala que ello se acredita con las constancias que obran en autos sin señalar, una vez más, a qué constancias en específico se refiere y cómo es que éstas soportan su argumento.

III..10.5 La Comisión pretende mejorar el Dictamen en la Resolución Definitiva (páginas 88 y 89) y dice que el análisis de GIE es necesario por lo dispuesto

¹⁸⁸ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: “**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES.**” Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Enero de 2007; Pág. 2121. I.4o.A. J/48, Registro: 1752, 593.

¹⁸⁹ Sirve de sustento el siguiente criterio judicial: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. CORRESPONDE A LA EMPRESA SANCIONADA DEMOSTRAR QUE NO FORMA PARTE DEL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE SE ATRIBUYE LA INSTRUMENTACIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS CONDUCTAS CONSIDERADAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.** Cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico la Comisión Federal de Competencia presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia el citado órgano sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a éste demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente.” Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1227. I.4o.A. J/69, Registro: 168,497.

en el artículo 13, fracciones I y III, de la LFCE, 12 y 13 del RLFCE, lo que es falso.

Asimismo, la CFC intentó modificar la litis y añadió un párrafo en la página 186 de la Resolución Definitiva en el que se dice que el análisis de competencia implica la identificación de grupos de interés económico *debido a que las empresas citadas están vinculadas con otras empresas y toman decisiones comunes que inciden en el mercado relevante*. Ello es una manifestación gratuita porque no obra en el Expediente prueba alguna de actividad, conducta o participación de los sujetos a que se refiere tomaron decisiones comunes.

El argumento tendiente a acreditar la falsedad de la necesidad de análisis del GIE conforme a los artículos 13, fracciones I y III, de la LFCE y 12 y 13 del RLFCE, es infundado.

Contrario a lo señalado por el Recurrente, efectivamente las fracciones señaladas también pueden referirse a grupos de interés económico (y no sólo a un agente económico en lo particular) toda vez que la circunstancia de que la LFCE no señale explícitamente ese concepto, no desvirtúa el hecho de que todo precepto normativo deba interpretarse de manera armónica y de acuerdo al sistema jurídico que pertenezca, debido a que es falso que las leyes deban contener todos y cada uno de los supuestos e interpretaciones de los conceptos que establezcan.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Sirven de apoyo por analogía los siguientes criterios judiciales: (I) **"LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR.** Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y, por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados y ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean." Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Octubre de 2004; Pág. 170. 1a./J. 83/2004, Registro: 180,326. (II) **"COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO "AGENTES ECONÓMICOS".** Si bien es cierto que el citado artículo no define qué debe entenderse por "agentes económicos" ni precisa las características que deben reunir, sino que sólo enuncia quiénes podrían considerarse con tal carácter, también lo es que

Por otra parte, respecto a que no obra en el expediente prueba alguna de actividad, conducta o participación de los sujetos a que se refiere tomaron decisiones comunes, ello es inoperante por abundar en sus manifestaciones, y para tal efecto se remite a la respuesta otorgada en el tercer párrafo del numeral III.10.4 inmediato anterior al respecto.

III.10.6 La CFC confiesa la violación al artículo 3 de la LFCE y los criterios invocados.

La Comisión afirma que *“(..)* no existe en este caso la necesidad de demostrar que se llevó a cabo una actuación colectiva por parte de los componentes del grupo de interés económico respecto de la causa objetiva del procedimiento en que se actúa - conforme a lo establecido por los criterios judiciales antes analizados- para motivar la determinación del grupo de interés económico”. Tal afirmación es suficiente para que se deje insubsistente la Resolución Definitiva.

Su argumento es inoperante por ser una manifestación genérica; es decir, el Recurrente se limita a afirmar que lo dicho por la CFC en el párrafo transcrito es suficiente para dejar insubsistente la Resolución Definitiva, sin que al efecto describa cómo es que esa consecuencia podría actualizarse.

Además, el Recurrente se limita a referirse a la conclusión de un apartado, ignorando el análisis que la Comisión realizó para llegar a dicha conclusión.

Particularmente, en el numeral 91 de la Resolución Definitiva,¹⁹¹ el cual Telcel pretende sacar de contexto, se determinó lo siguiente:

“(..) Contrariamente a lo manifestado por TELCEL, en el Anexo 1 del DP, se analizaron las generalidades de grupo de interés económico, considerando diversos artículos de la LFCE y del RLFCE, que involucran el concepto de grupo de interés económico, como lo es el artículo 3 de la LFCE, así como otros

ello no lo torna violatorio de la garantía de seguridad jurídica tutelada por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que todo precepto normativo debe interpretarse armónicamente y no de manera aislada, pues al pertenecer a un sistema jurídico, necesariamente ha de vincularse a él para que su contenido adquiera sentido y precisión. Además, la Ley Fundamental no establece que sea un requisito indispensable que el legislador ordinario señale en cada ordenamiento legal un catálogo que defina los vocablos o locuciones utilizados ya que, por un lado, las leyes no son diccionarios y, por el otro, el sentido atribuible a cada una de las palabras empleadas en las normas depende de su interpretación conforme, según el sistema al que pertenezcan. Así, a través de la interpretación integral y sistémica de la Ley Federal de Competencia Económica, se deduce que los agentes económicos a que se refiere su artículo 3o. son las personas o entidades que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución, intercambio y comercialización de bienes y servicios mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones pactadas entre sí, de tal manera que por sus ganancias y utilidades comerciales, su actividad trasciende a la vida económica del Estado al repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia.” Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 155. 1a./J. 70/2008, Registro: 168,978.

¹⁹¹ Páginas 95 y 96 de la Resolución Definitiva.

ordenamientos en materia de propiedad industrial y aduanera, por ejemplo, que también lo contemplan; de igual forma, la Comisión consideró criterios al respecto emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que permiten concluir que existe un grupo económico, y consecuentemente una dirección económica unitaria, cuando se verifican o actualizan cualquiera de los siguientes criterios o una combinación de los mismos:¹⁹²

a) Cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de dos o más personas morales.

b) Cuando una persona es tenedora o titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de estas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas.

c) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la facultad de dirigir o administrar a una o más personas morales en virtud de las facultades que le otorga su posición dentro de los órganos de dirección y/o administración de la sociedad o sociedades en cuestión;

d) Cuando una persona tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra persona;

e) Cuando una persona, directa o indirectamente, tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otras personas;

f) Cuando una persona y las vinculadas a está por parentesco consanguíneo o por afinidad tengan participación en una o diversas personas morales.

g) Cuando una o varias personas tengan la facultad de dirigir o administrar a otras personas morales en virtud de uno o varios contratos, incluyendo el acto constitutivo de dichas personas morales.

h) Cuando las partes expresamente así lo reconozcan.

i) Cuando las actividades mercantiles de una o varias sociedades se realizan preponderantemente con la sociedad controladora o con las personas morales controladas directa o indirectamente por la o las personas físicas que ejercen dicho control.

Ahora bien, de lo plasmado en el Anexo 1-a, se comprueba la actualización de los supuestos mencionados en los incisos que anteceden, al considerar entre otras cuestiones que el señor Carlos Slim Helú y sus hijos (Familia Slim), ejercen el control de América Móvil, S.A.B de C.V. (controladora de Telcel) y de Carso Global Telecom, S.A.B. de C.V., quien a su vez detenta el control de Telmex y Telnor; así también, que la Familia Slim puede nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y en lo general, determinar el resultado de las

¹⁹² "Véase Anexo 1 del (Dictamen)".

votaciones con respecto a la mayoría de los asuntos que deben ser aprobados por sus accionistas. En términos de lo anterior, se concluyó que existe una dirección económica unitaria por parte de la Familia Slim sobre Telcel, Telmex y Telnor, en tanto que son los mismos miembros de dicha familia quienes, por su participación accionaria en dichas empresas, tienen la capacidad para la toma de decisiones, así como para determinar quién las dirige, actualizándose de esta forma la parte final del primer párrafo del artículo 3° de la LFCE, al participar conjuntamente en la actividad económica, por lo que la Comisión considera que dichas empresas conforman un mismo grupo económico. Tales cuestiones no han sido objetadas y/o refutadas de ninguna forma de modo alguno por parte de la ahora manifestante.

Conforme a lo hasta aquí argumentado, ha quedado debidamente fundada y motivada, la necesidad de determinar un grupo de interés económico, para efectos del análisis de poder sustancial, así como la debida integración del grupo de interés económico TELCEL. (...)” (Énfasis añadido)

Derivado de lo anterior, fue que la Comisión llegó a la conclusión (que ahora el Recurrente argumenta es ilegal y para ello únicamente se vale de su simple dicho); en consecuencia, su argumento es igualmente inoperante porque no combate la totalidad de las razones de la Resolución Definitiva y no puede tener el alcance de modificar la Resolución Definitiva si el Recurrente no combate de manera completa las consideraciones que esta autoridad realizó para concluir que: “(...)Por tanto, dada la ya analizada diferencia respecto de los procedimientos aplicables a prácticas monopólicas y a las declaratorias de poder sustancial, no existe en este caso la necesidad de demostrar que se llevó a cabo una actuación colectiva por parte de los componentes de un grupo de interés económico respecto de la causa objetiva del procedimiento en el que se actúa -conforme a lo establecido por los criterios judiciales antes analizados- para motivar la determinación del grupo de interés económico. (...)”

III..11. Décimo primer concepto de agravio: Falta de fundamentación y motivación de congruencia, certeza y seguridad jurídica¹⁹³

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..11.1 Tanto el inicio del procedimiento, como sus diversas actuaciones y el Dictamen y sus anexos carecen de debida fundamentación y motivación.

En ese sentido, dichas actuaciones no pueden servir como base ni sustento para la declaración de poder sustancial en el mercado relevante respecto y en perjuicio de Telcel.

La Comisión no funda ni motiva adecuadamente sus consideraciones, por lo que sus conclusiones resultan improcedentes y deben desestimarse.

¹⁹³ Páginas 246 a 254 del Escrito del Recurso.

La CFC no argumentó ni estudió la aplicación de los preceptos que cita en la Resolución Definitiva, tampoco señala los alcances de los mismos, aun cuando regulan la posibilidad excepcional y limitativa de que se inicie y se tramite este procedimiento. Se omite fundar y motivar la existencia de una autoridad reguladora y referente a las disposiciones de la LFT en materia tarifaria, sólo se mencionan inconsistentemente, omitiendo hacer un análisis de las facultades tarifarias que derivan de la LFT a favor de todos los concesionarios de los servicios respectivos.

La CFC pretende falazmente que el porcentaje de participación de mercado de un agente es suficiente para que se le considere dominante y no funda ni motiva tal consideración, menos la razón por la cual únicamente analizó ciertos años para dichas cuestiones, lo que determina la extemporaneidad de su análisis.

La Resolución Definitiva contiene acusaciones y suposiciones gratuitas tales como los indicios sobre que el supuesto único oferente del servicio relevante puede fijar sus tarifas. Así, la Comisión atiende a posibles problemas de competencia, pero omite especificar en qué podrían consistir esos hipotéticos "problemas", ni por qué se juzgan posibles.

Resulta imprecisa la remisión que hace la Comisión respecto de la situación de temas similares en el extranjero que resulta inaplicable al caso en concreto debido a diferencias esenciales de orden social o jurídico.

En la Resolución Definitiva y el Dictamen hay referencias imprecisas a información que no pudo conocer ni refutar Telcel por supuestamente constituir información confidencial o reservada y, por ello, se impidió que Telcel al defenderse de la declaratoria preliminar hecha en su contra tuviera acceso a ella, por lo que no puede considerarse fundada ni motivada la resolución si el afectado no la pudo conocer íntegramente.

La falta de motivación y fundamentación la ha dejado en estado de indefensión.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente se constriñe a reiterar de manera textual los argumentos plasmados en su Escrito de Manifestaciones,¹⁹⁴ cuestiones que fueron abordadas en el apartado "VI.1.20 Falta de fundamentación y motivación"¹⁹⁵ y sin que Telcel ataque de forma concreta lo que en la Resolución Definitiva se le señaló en esos aspectos. En dicho apartado específicamente se señaló lo siguiente:

- El Dictamen se encuentra debidamente fundado y motivado, en particular, el apartado II. Consideraciones de Derecho, se realiza un análisis respecto de cada uno de los artículos aplicables y con fundamento en los cuales se emitió el Dictamen; del análisis realizado a cada uno de ellos, así como su aplicabilidad

¹⁹⁴ Páginas 109 a 116 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁹⁵ Páginas 96 a 100 de la Resolución Definitiva.

dentro del procedimiento, tanto por lo que hace a la parte sustantiva como a la adjetiva.

- A fin de establecer el mercado relevante, así como la existencia de poder sustancial en el procedimiento, los artículos 12 y 13 de la LFCE, y correlativos 11, 12 y 13 del RLFCE, han sido analizados de manera exhaustiva en los apartados IV. Mercado Relevante y V. Análisis de Poder Sustancial del Dictamen.
- Telcel señaló que no se agota adecuadamente la necesidad de motivación, por cuanto se refiere al simple inicio del procedimiento, pues nada acredita la solicitud y tampoco se demuestra o brindan elementos sobre su necesidad, su oportunidad, pertinencia, conveniencia, procedencia o supuesto beneficio al proceso de competencia, menos aún se alude a los usuarios de los servicios ni el beneficio que se busca producirles. Ni siquiera se menciona o justifica por qué la regulación existente se considera inadecuada o incompleta de tal manera que sea necesaria la imposición de obligaciones específicas que explique la sustanciación de este procedimiento.

Sobre el particular, y de la lectura al acuerdo de inicio emitido el cuatro de abril de dos mil ocho, puede apreciarse que en él se expusieron las consideraciones que motivaron y dieron origen al presente procedimiento, cuestiones que ya fueron analizadas previamente en los numerales VI.1.1 y VI.1.3 de la Resolución Definitiva, y que se tienen por plasmadas en obvio de repeticiones inútiles.

- Las cuestiones relativas a que no se justificó el por qué la regulación existente se considera *"inadecuada o incompleta"* y que tal cuestión implique la necesidad de imponer obligaciones específicas, son cuestiones propias que deberá tomar en consideración la propia autoridad administrativa reguladora del sector, siendo que el presente procedimiento únicamente tiene por objeto la determinación de existencia de condiciones de poder sustancial en un mercado relevante, para que la autoridad que regule el sector determine, en su caso, la imposición de las obligaciones específicas que refiere el manifestante. Así, el inicio del presente procedimiento únicamente atiende a que se hayan cumplido los requisitos que al efecto establece la LFCE y su RLFCE.
- La Comisión tiene competencia para iniciar a solicitud de parte afectada el procedimiento que nos ocupa; así, en el acuerdo se señaló que el presente procedimiento se iniciaba considerando lo señalado en el artículo 63 de la LFT, mismo que establece que la SCT *"estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información."* (énfasis añadido).

En congruencia con lo establecido en los artículo 24, fracción V, de la LFCE, 63 de la LFT, también se señaló al artículo 33 bis de la LFCE, que en su texto señala *"Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse"*

sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda.” (énfasis añadido).

- El acuerdo de inicio sí fundamentó y motivó debidamente la necesidad de iniciar de oficio el presente procedimiento.
- Contrariamente a lo señalado por Telcel, en el acuerdo de inicio sí se señaló que el procedimiento se inició con la finalidad de determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados locales móviles de voz. Se explicó que el inicio del periodo de investigación fue con la finalidad de allegar información al mismo, para determinar la existencia o no de poder sustancial en el mercado relevante que se determinara. Además, tales cuestiones fueron explicadas a fondo en el requerimiento de información y documentos emitido el siete de mayo de dos mil ocho a Telcel, dentro del presente procedimiento, tal como fue explicado en el numeral VI.1.5 de la Resolución Definitiva, mismo que se tiene por transcrito, en obvio de repeticiones innecesarias.
- No es clara la afirmación a que hace referencia Telcel respecto a que, *“...la Cofeco ha sido omisa en motivar la extensión de la información que ha requerido y en mencionar la de la (sic) que ha obtenido, cuyo contenido, en su mayoría, resulta desconocido para los afectados e interesados en el procedimiento, como mi mandante”*. Sin embargo, cabe señalar que como se ha mencionado en el numeral VI.1.5. de la Resolución Definitiva, la información que se requirió en tales documentos fue la necesaria y pertinente para emitir el Dictamen en el procedimiento, y tales situaciones se encuentran debidamente fundadas y motivadas en los mismos.
- En cuanto a las manifestaciones realizadas por la supuesta falta de motivación de la determinación de un grupo de interés económico, es de señalarse que esta manifestación fue contestada en los apartados VI.1.18 y VI.1.19 de la Resolución Definitiva, relativos al “uso innecesario, indebido e ilegal del concepto de grupo de interés económico” y el de “indebida determinación del supuesto grupo de interés económico denominado Telcel”, de la resolución.
- Por lo que respecta a la supuesta falta de fundamentación y motivación a la determinación del mercado relevante, esta manifestación se atiende en el numeral “VII. *Indebida definición y clasificación del supuesto mercado relevante*”, correspondiente, el cual se realizó conforme al artículo 12 de la LFCE, según consta en el apartado IV. Mercado Relevante del Dictamen, aclarando que dentro de las cuestiones que señala dicho artículo no aparecen como elementos a considerar *“razones científicas o técnicas concretas por las que se definen de tal manera los mercados relevantes”* que según Telcel deben ser señaladas.

Señala Telcel que *“No se agotan exhaustivamente los verdaderos requisitos que las leyes exigen para la definición del mercado, por ejemplo, no se analizan una serie de sustitutos*

de los servicios mencionados y no se expresa razón alguna para su exclusión.”; sobre el particular, Telcel se limita a realizar afirmaciones vagas que no permiten conocer realmente cuáles son los requisitos exigidos por la ley que no han sido agotados, ni cuáles son los sustitutos que no fueron considerados, debiendo aclarar que hasta este momento la Comisión desconoce a qué sustitutos se refiere. Por lo demás es de señalar que en los numerales IV.6 y IV.7 del apartado IV. Mercado Relevante, del Dictamen, se hace un análisis completo en torno a los posibles sustitutos del servicio relevante.

- Manifiesta Telcel de manera general e imprecisa la falta de fundamentación y motivación con relación a la supuesta determinación de poder sustancial; sin embargo es imposible contestar puntualmente las deficiencias que señala, así como tampoco establece de forma puntual, en todo caso, el por qué tales circunstancias, suponiendo sin conceder que así se hayan establecido en el Dictamen, le pararían perjuicio, siendo que en virtud de la imprecisión con que se conduce en este numeral, únicamente permiten suponer que las mismas se refieren a la forma en que considera se debió haber realizado el presente procedimiento. Asimismo, tales cuestiones soslayan el análisis de mercado relevante y poder sustancial que en los apartados IV. Mercado Relevante y V. Análisis de Poder Sustancial que dentro del Dictamen se realizó, tomando en consideración lo que establecen los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE, y sus correlativos del RLFCE.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, esta autoridad se percata que, en este apartado del Escrito de Recurso, Telcel únicamente agregó los siguientes argumentos:

III..11.2 La Resolución Definitiva es contraria a lo dispuesto por los artículos 1, 33 bis, 34 bis, último párrafo y demás relativos de la LFCE, 55 y 56 del RLFCE, así como de los principios de congruencia, precisión y eficiencia establecidos en los artículos 222, 348 y 349 del CFPC de aplicación supletoria.

La Resolución Definitiva adolece de falta de fundamentación y motivación y es violatoria de los principios de congruencia, certeza y seguridad jurídicas que deben respetarse en todo fallo de autoridad.

Que en referencia a la imposición de obligaciones específicas la CFC señaló que *“son cuestiones propias que deberá tomar en consideración la propia autoridad administrativa reguladora del sector”* y no la CFC, lo que a decir de Telcel es infundado sobre todo atendiendo a la manera y términos en que se inició el procedimiento y es abiertamente contradictorio con las exigencias establecidas en el artículo 55, fracción I, inciso d), del RLFCE, que en consecuencia ha sido violado por la CFC.

Sus argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas y no justificar la trasgresión, ya que no ofrece elementos que permitan entrar al estudio del mismo. Es decir, no es suficiente que el Recurrente únicamente liste una serie de artículos y afirme que la Resolución Definitiva es contraria y violatoria a diversos preceptos de ley y que ésta carezca de fundamentación y motivación sin que explique cómo es que esa supuesta circunstancia trascendió en su esfera jurídica y le causó algún perjuicio.

Esta autoridad se percató que el Recurrente pretendía vincular el texto contenido en el numeral 11.2. con los demás argumentos del apartado; sin embargo, éstos últimos resultaron meras reiteraciones a las manifestaciones al Dictamen por parte de Telcel; en este sentido, no hay razonamiento alguno que controvierta lo resuelto al respecto por la CFC.

III.11.3 La CFC reiteró su actitud denegatoria de justicia.

En la página 96 de la Resolución Definitiva al señalar que *“lo argumentado por Telcel resulta del todo impreciso, ya que no señala de forma concreta los preceptos que según su dicho no fueron estudiados y argumentados debidamente, al emitirse el (Dictamen)”* y falacias similares, es incongruente con las constancias de autos, impreciso con el escrito respectivo y carente de todo sustento, todo lo cual reitera la ilegalidad de la resolución que se combate.

Su argumento es inoperante por ser una manifestación genérica. El Recurrente únicamente dice que lo señalado por la Cofeco en el párrafo que se transcribió es incongruente, sin embargo, no aporta algún otro elemento que pudiera señalar por qué ello es así, o a qué constancias de autos se refiere, o dónde radica la imprecisión que indica, en consecuencia, esta autoridad se ve impedida para estudiar su argumento pues resulta una simple manifestación gratuita que de manera alguna controvierte la resolución.

III.11.4 El Recurrente señala que la definición del mercado es contraria a los artículos 12 y 13 de la LFCE.

Es contrario a la LFCE que la Comisión no considere “razones científicas o técnicas concretas por las que se definen de tal manera los mercados relevantes”

Su argumento es inoperante por abundar en sus manifestaciones, toda vez que el Recurrente ya había argumentado en su Escrito de Manifestaciones¹⁹⁶ que en el análisis de mercado relevante carecía de fundamentación y motivación por no analizar las razones científicas o técnicas que señala, y en esta ocasión únicamente agrega que no considerar esas cuestiones es arbitrario y contrario a los preceptos de la LFCE señalados.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Página 112 del Escrito de Manifestaciones.

¹⁹⁷ Página 99, de la Resolución Definitiva, en su parte conducente:

Asimismo, resulta inoperante por ser una manifestación gratuita, toda vez que no indica de manera alguna dónde radica la arbitrariedad que señala ni cuáles son las razones o los motivos que se deberían tomar en cuenta.

III..11.5 El porcentaje de participación de un agente económico en un mercado es insuficiente para considerarlo dominante.

La Comisión usa el porcentaje de participación de mercado de un agente económico como un elemento supuestamente válido para sostener el poder sustancial que imputa a Telcel mientras niega que el mismo porcentaje de participación de mercado, pero correspondiente a Telefónica, pueda ser usado para desvirtuar dicho poder, lo que carece de sustento.

Dicho señalamiento resulta inoperante por ser una manifestación genérica que no aporta razonamientos lógico jurídicos que sustenten su dicho, y que aunado a las consideraciones anteriores, no desvirtúa de manera alguna lo determinado en la Resolución Definitiva.

Finalmente, se reitera que el Recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la Resolución Definitiva para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución recurrida.

Telcel no explica cómo el porcentaje de su competidora desvirtúa su poder de mercado o de qué manera influye, por lo que, se reitera, no es posible analizar su agravio.

III..12. Décimo segundo concepto de agravio: Indebida definición de mercado relevante y poder sustancial¹⁹⁸

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado, exceptuando los análisis realizados a los numerales "III..12.6 Diferenciales On-net/Off-net", y "III..12.7 Barreras a la entrada".

El Recurrente argumenta la indebida definición del mercado relevante y poder sustancial y que la Resolución Definitiva viola en perjuicio de Telcel lo dispuesto por los artículos 1, 3, 12, 13, 33 bis de la LFCE y correlativos del RLFCE.

"(...) Por lo que respecta a la supuesta falta de fundamentación y motivación a la determinación del mercado relevante, (...) debiéndose precisar que la misma se realizó con total apego a lo señalado en el artículo 12 de la LFCE, según consta en el apartado IV. Mercado Relevante del DP, aclarando que dentro de las cuestiones a considerar que señala dicho artículo no aparecen como elementos a considerar "razones científicas o técnicas concretas por las que se definen de tal manera los mercados relevantes" que según Telcel deben ser señaladas. (...)" (Énfasis añadido)

¹⁹⁸ Páginas 254 a 292 del Escrito del Recurso.

III..12.1 Sustituibilidad¹⁹⁹

a) Telcel señala que el “análisis de mercado relevante realizado por la CFC es erróneo y carece de fundamento. La CFC engloba dentro del mercado, lo que denomina “servicios de telefonía móvil” o servicio relevante. Este servicio relevante se define como un conjunto de servicios móviles de voz y datos que debieran pertenecer a mercados relevantes distintos.”. De acuerdo al razonamiento de Telcel, la CFC debió considerar lo establecido por el artículo 12 de la LFCE, es decir, llevar a cabo un análisis de sustitución entre los servicios de voz y datos desde la perspectiva del consumidor, también añade que existe incongruencia en el análisis de la CFC, por cuanto para determinar la sustitución entre los “servicios de telefonía fija, digital, satelital y trunking” sí se llevó a cabo un análisis de sustitución.

El argumento es **infundado**. Al respecto cabe señalar que Telcel se equivoca respecto al análisis de sustitución entre voz y datos y con ello a la supuesta no observancia de la fracción I del artículo 12 de la LFCE. No obstante, Telcel ya se había referido a este tema a través del perito en materia de economía designado para el Dictamen, al cuestionar si “los servicios de voz, mensajes cortos, mensaje multimedia, acceso a internet y comunidad de contenidos son sustitutos o complementarios”.²⁰⁰ Derivado de lo anterior, la Resolución Definitiva en el último párrafo de la página 155 señala lo siguiente:

“Es pertinente señalar que la disposición aludida corresponde a las consideraciones que la Comisión deberá de tener en cuenta para la determinación del mercado relevante, en particular la fracción I del artículo 12 de la LFCE establece que debe de considerarse “las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución”. Así, para determinar el mercado relevante en su dimensión producto o servicio, la Comisión debe de definir un servicio o producto (A), que resulta el punto de partida para determinar el mercado relevante. A partir de lo anterior, la Comisión debe evaluar la existencia de otros servicios o productos (B, C o D) que pudieran resultar sustitutos del definido previamente (A), a fin de determinar el conjunto de bienes o servicios que conformarían el mercado relevante, a ello se refiere la fracción en comento cuando establece que deberá considerarse “las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate (A) por otros (B, C o D).”

Y en la página 156 de la misma se abunda sobre lo anterior:

“En los párrafos previos, sobre la fracción I del artículo 12 de la LFCE, quedo claramente establecido que es necesario partir de un bien o servicio “A”, para posteriormente evaluar otras alternativas a fin de conformar la dimensión producto del mercado relevante. Los numerales 61, 62 y 63 del DP (Dictamen), justamente, tienen por objeto definir el bien o servicio “A”, en particular se considera que los servicios de voz y datos (mensajes cortos, mensajes multimedia, acceso a internet,

¹⁹⁹ Páginas 255 a 262 del Escrito del Recurso.

²⁰⁰ Página 156, primer párrafo, de la Resolución Definitiva.

y comunidad de contenidos) constituyen el servicio relevante (o A), al cual para simplificar se le denomino servicios de telefonía móvil...”

Es decir, el tema de los servicios de voz y datos se circunscribe al ejercicio de definir el servicio de referencia (de que se trate o el bien A), y no a dilucidar si son sustitutos, dado que este es una etapa posterior en el análisis de la determinación del mercado en su dimensión producto o servicio la Resolución Definitiva para todo fin práctico estima que el servicio relevante se conforma de un grupo de servicios compuesto por voz y datos.²⁰¹ En este sentido, Telcel se equivoca al pretender se lleve a cabo un análisis de sustitución entre los servicios que conforman el grupo, dado que no se está en la etapa del análisis de sustitución, sino en determinar el servicio de partida o de referencia, el cual está vinculado al servicio de telecomunicaciones que ofrecen las empresas en el mercado.

b) Telcel también sostiene que para justificar la definición de voz y datos como el servicio relevante la CFC se basa en *"que dado que todos estos servicios pueden ser ofrecidos por el mismo oferente a través de la misma terminal móvil, entonces éstos pertenecen al mismo mercado relevante. Sin embargo, este análisis se restringe a la visión de la oferta y no así de la demanda, tal y como lo exige la Ley Federal de Competencia Económica."* En su manifestación, Telcel lleva a cabo un ejercicio mediante el cual llega a la conclusión de que los servicios de voz y datos son complementarios y por lo cual se tendría que definir mercados relevantes distintos. Para estos efectos, Telcel señala:

"Un usuario que desea acceder a la comunidad de contenidos para tener un tono de sonido específico en su celular, un juego, o un servicio de mensajes de horóscopos, dietas, chismes, entre otros; no verá satisfecha su necesidad mediante la realización de una llamada de voz con otro usuario o el envío de mensajes SMS o MMS. Por el contrario, el envío de un mensaje SMS le servirá como complemento para poder acceder, solicitar, este tipo de contenidos. De la misma manera un usuario que desea establecer una comunicación verbal con otro usuario, no verá satisfecha su demanda de consumo mediante el acceso a Internet o a la comunidad de contenidos; de hecho, ni siquiera mediante el envío de un mensaje dos vías. En cuanto a estos últimos, un mensaje MMS difiere de un mensaje SMS por su capacidad de enviar además de texto, imágenes u otros contenidos. Un usuario que deseé compartir con otro una foto, imagen, o algún otro contenido, no verá satisfecha su demanda con sólo comunicarse mediante servicios de voz o de mensajes cortos. (...)

El hecho de que un mismo agente ofrezca los mismos servicios, no implica que estos sean sustitutos. Por ejemplo, un restaurante, como agente económico, puede ofrecer a través de un mismo canal de distribución comida, bebidas e inclusive otros servicios de valor agregado como lo son cigarrillos, revistas, etc. Esto no quiere decir que se pueda concluir que la comida es sustituta de las bebidas,

²⁰¹ Página 14 de la Resolución Definitiva.

las cuales a su vez sustituyen a otros productos como los cigarrillos. En este sentido, la definición de sustitución es más importante desde el punto de vista de la demanda ya que al consumidor de nada le servirá poder acceder al mismo oferente para demandar un servicio que no satisface las mismas necesidades de consumo del bien que se desea sustituir. Así las posibilidades de sustitución entre dos bienes o servicios pueden llegar a ser nulas, independientemente que éstas sean ofrecidas por el mismo conjunto de oferentes o a través del mismo canal de distribución; en este caso, la terminal móvil.”

Su argumento es **infundado**. Respecto a lo anterior, Telcel mantiene su error en relación a la determinación del servicio o bien de referencia establecido en la Resolución Definitiva. Este tema también fue parte de la pericial en materia de economía ofrecida por Telcel y respondida por la Comisión en los siguientes términos:

“(…) Las razones por las cuales se agrupó una serie de servicios se debe fundamentalmente al hecho de que los mismos así se ofrecen en el mercado como consta en los libros de tarifas de las empresas del mercado referidos en el numeral 55 del DP. Por otro lado, los usuarios, de acuerdo a sus preferencias, hacen uso de uno u otro servicio, como lo muestra la evidencia empírica del tema que se cita en el pie de página 30 correspondiente al numeral 60 del DP.

El perito soslaya la existencia de bienes que pueden conformar, un solo servicio, basta citar el ejemplo de las tiendas de autoservicio. En estas, se venden bienes de todo tipo, algunos sustitutos y otros complementarios, sin embargo, lo que se analiza en materia de competencia no es cada producto individual sino el servicio de distribución que la tienda de autoservicio posibilita. De modo análogo, se ha procedido para el caso del servicio de telefonía móvil. Dado que se requiere de un mismo medio para acceder a los servicios móviles, el teléfono móvil, el usuario puede acceder a través de un único medio a una serie de servicios (servicios de voz, mensajes cortos y otros), mismos que elige “consumir” de acuerdo a sus preferencias, dichos servicios independientes conforman en la práctica un único producto o bien compuesto, al que se le ha denominado “servicios de telefonía móvil” (el bien A).”²⁰²

De lo anterior, se desprende que no se está soslayando la LFCE como lo insinúa Telcel, toda vez que se está definiendo el “servicio de que se trate”, es decir, voz y datos, conforme a la fracción I del artículo 12 de la LFCE. Por esta razón es incorrecto analíticamente llevar a cabo un análisis de sustitución respecto a cada uno de los servicios que conforman el único producto o bien compuesto, como se explicó en la Resolución Definitiva. Es más, los consumidores adquieren el servicio de forma conjunta a una empresa que también lo ofrece de la misma forma (conjuntamente aprovechando las economías de alcance del caso). A mayor abundamiento, como se señaló en la Resolución Definitiva (numerales 170 - 171),²⁰³ las concesiones de los

²⁰² Página 156 de la Resolución Definitiva.

²⁰³ Página 191 de la Resolución Definitiva: “ 170. Por otro lado, de los artículos 60 y 61 de la LFT se desprende que los concesionarios, permisionarios, fijarán libremente las tarifas de los servicios de telecomunicaciones

operadores de redes públicas de radiotelefonía móvil o del servicio de acceso inalámbrico fijo o móvil, entre los cuales se encuentra Telcel, les permite ofrecer más de un servicio de telecomunicaciones, y en el registro de los servicios que debían llevar a cabo ante la Cofetel se encuentran los servicios de voz, mensajes, acceso a Internet y otros servicios de datos a través de diversos planes. Por lo tanto, la oferta de servicios al usuario final por parte de los operadores de telefonía móvil no los limita a ofrecer un solo servicio

A través de los ejemplos citados, erróneamente, Telcel pretende argumentar la no sustitución de los diversos servicios para concluir, en el extremo, que se tratan de servicios complementarios y por tanto de mercados distintos. Como se ha explicado líneas arriba, los ejemplos no son más que la muestra de la incorrecta aplicación de la fracción I del artículo 12 de la LFCE, toda vez que como se ha señalado anteriormente, no es la etapa de comparar A con B, C o D, sino de definir A.

c) Telcel señala que los servicios de prepago y pospago corresponden a mercados distintos, contrario a lo señalado por la Resolución Definitiva. Además, que los consumidores de prepago no podrían desplazarse al segmento de post pago ante un aumento en los precios del primer servicio: *"...es fácil concluir que los usuarios de prepago enfrentan costos elevados para cambiarse a la modalidad de pospago. Lo anterior porque deberán asumir el pago de una renta fija mes a mes, este compromiso financiero es contrario a sus necesidades de consumo y sus capacidades de gasto. Adicionalmente, existen usuarios en la modalidad de prepago que no tienen probabilidades de acudir al mercado de pospago ya que no cuentan con las referencias crediticias necesarias para ser sujetos de un plan."*

Telcel considera que el razonamiento anterior debería primar respecto al argumento de la Resolución Definitiva, considerando que *"existen antecedentes donde la CFC ha segmentado un mismo mercado en diversos mercados relevantes por el simple hecho de que los precios de los mismos bienes dentro de éste sean disímiles entre sí. Es a lo que la misma CFC llama segmentación de mercado por precios. Así, este sería el caso de la existencia de dos mercados relevantes distintos: el de la telefonía móvil de prepago y el de la telefonía móvil de pospago."*

y las mismas deberán registrarse ante la SCT previamente a su puesta en vigor. Al respecto, de la información contenida en los libros de tarifas vigentes de Telcel, Telefónica y Iusacell, se constata una serie de oferta de servicios, que además de ofrecer el servicio de voz, incluye el servicio de mensajes cortos o SMS, entre otros. En particular, los concesionarios suelen ofrecer los servicios de voz y mensajes a través de sus diversos productos o planes para dos grandes grupos de usuarios: pospagos y prepago (Véase Anexo 2).

171. La información disponible respecto a los operadores de redes públicas de radiotelefonía móvil o del servicio de acceso inalámbrico fijo o móvil, permite concluir que las concesiones que tienen les permite ofrecer más de un servicio de telecomunicaciones. Asimismo, las empresas concesionarias suelen registrar ante la Cofetel los servicios de voz, mensajes, acceso a Internet y otros servicios de datos a través de diversos planes. Por lo tanto, la regulación aplicable a los operadores de telefonía móvil no los limita a ofrecer un solo servicio." (Énfasis añadido)

Sobre lo anterior, y para reforzar su dicho, Telcel estima que *"las segmentaciones comerciales, dependiendo las posibilidades de sustitución desde el punto de vista de la demanda y de la oferta, eventualmente puede llevar no solo a segmentos de un mismo mercado sino a mercados relevantes distintos. Este análisis no lo llevó a cabo la CFC para poder determinar lo contrario."*

En relación al tema prepago y pospago como mercados distintos, el argumento es inoperante por abundar en sus manifestaciones. Ello es así toda vez que Telcel ya se había manifestado en su Escrito de Manifestaciones, señalando que desde el punto de vista de la demanda son dos servicios distintos y por tanto mercados distintos. No obstante, este argumento es parcial, dado que desde el punto de vista de su provisión por las empresas del mercado (la oferta) el servicio de voz y datos es el mismo en términos genéricos, como fue señalado en la página 101 de la Resolución Definitiva y que a continuación se transcribe:

"Al respecto, cabe precisar que la Comisión, reconoce que los usuarios o consumidores tienen diversas características, en relación a la cantidad de minutos que consume o servicios que demanda, como explícitamente se indica en el numeral 62 del DP. Sin embargo, estima que el servicio relevante, desde la perspectiva de la oferta, es esencialmente el mismo, es decir, se trata de servicios de voz y datos a través de aparatos móviles que permiten la radiocomunicación entre usuarios finales, por lo que no se hace necesaria la distinción de dos servicios relevantes, como a continuación se explica.

Desde la perspectiva de los usuarios o consumidores, éstos suelen adquirir el servicio relevante mediante el pago previo al consumo de los servicios (prepago) o pago posterior al consumo (postpago). En cualquier caso, es importante destacar que se trata de una modalidad de pago por el servicio relevante, hecho que no distorsiona el servicio en sí."

Nótese de lo anterior que no hay discrepancia en el reconocimiento que, desde la perspectiva del consumidor, éstos tienen características distintas y que fueron señaladas desde el Dictamen; el error del Recurrente es pretender que se definan dos mercados distintos por el sólo hecho de tener dos modalidades de pago distintos.

Por otro lado, en relación a los antecedentes utilizados por la Comisión sobre segmentación de mercado, Telcel no ofrece referencia particular alguna que permita apoyar su dicho. En ese sentido, basta señalar que este procedimiento fue el primero en su especie, es decir, es la primera ocasión en la que la Comisión analizó el mercado de telecomunicaciones móviles al usuario final en el marco del artículo 63 de la LFT.

d) Telcel, adicionalmente argumenta que las estrategias comerciales de las empresas sobre los de telecomunicaciones móviles al usuario final, implicarían una segmentación del mercado de pospago y prepago: *"... las segmentaciones comerciales, dependiendo las posibilidades de sustitución desde el punto de vista de la demanda y de la oferta, eventualmente puede llevar no solo a segmentos de*

un mismo mercado sino a mercados relevantes distintos. Este análisis no lo llevó a cabo la CFC para poder determinar lo contrario.”

Su argumento es inoperante por abundar en sus manifestaciones. Contrario a lo señalado por el Recurrente, la Comisión sí abordó el impacto de las segmentaciones comerciales sobre la definición del mercado. Al respecto, en la página 102 de la Resolución Definitiva, esa autoridad abordó este tema y explicó las razones del por qué para el presente caso es correcto no distinguir entre pospago y prepago para efectos de definir el mercado relevante, en los siguientes términos:

“TELCEL confunde la acepción corriente del vocablo “mercados” entendido, desde una perspectiva meramente comercial, como segmentos distintos de clientes con características diferentes y que deben ser aprovechados con estrategias diferenciadas por los oferentes, con el concepto de mercado relevante establecido en la Ley. El dictamen preliminar ciertamente reconoce los diferentes segmentos que componen el mercado relevante, sus diferencias y las características diferenciadas del servicio que esperan recibir. Sin embargo, al existir posibilidades tecnológicas y económicas de atender ambos segmentos por los mismos agentes, ambos segmentos constituyen un mismo mercado relevante. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que cuando un conjunto de bienes, compradores y vendedores interactúan al determinar precios y producción deben ser agrupados en una misma figura de mercado relevante.

(...) el mercado relevante es un bosquejo de los productos y las líneas geográficas dentro de los cuales los bienes, compradores y vendedores específicos interactúan para determinar precios y producción (...) (Amparo en Revisión 2617/96, Warner Lambert, página 285)

Ello no implica ignorar las marcadas diferencias demográficas, económicas ni las distintas necesidades que distintos segmentos de clientes pueden exhibir al interior del mercado relevante. Tanto en la modalidad de prepago como en la de pospago existen muy diversos planes que tratan de acomodar a clientes con necesidades distintas. Pretender segmentar el mercado sobre la base de estrategias comerciales de los agentes impediría el objetivo último de definir un mercado relevante, finalidad que no es la de explicar las estrategias comerciales de los participantes sino evaluar sus efectos sobre la existencia de poder sustancial y las condiciones de competencia efectiva. (...)”

De lo anterior se desprende que la sola estrategia comercial de las empresas no necesariamente implica que se deba segmentar los mercados y entonces definir dos mercados relevantes, ello es un error desde el punto de vista de competencia. Dado que al “*al existir posibilidades tecnológicas y económicas de atender ambos segmentos por los mismos agentes, ambos segmentos constituyen un mismo mercado relevante.*”

e) Por otro lado, Telcel estima que Nextel al no ofrecer los servicios de telefonía móvil en la modalidad de prepago, “*no puede ser un oferente en un mercado relevante donde se incluya estos servicios*”. También, agrega Telcel, que Nextel a

pesar de los años de operación en México, *“no se ha interesado en este mercado a pesar de que es donde existe un mayor número de usuarios demandantes actuales y potenciales. Lo anterior es muestra que su enfoque es en un mercado distinto, el mercado de la telefonía y radiocomunicación móvil en la modalidad de postpago. Mercado distinto al mercado de la telefonía y radiocomunicación móvil en la modalidad de prepago”*. Lo anterior, contrasta con lo sostenido por la CFC que señaló la posibilidad de que lo pudiera ofrecer.

Su argumento es **infundado**. En primer término, la CFC sostuvo en la Resolución Definitiva²⁰⁴ que el servicio en la modalidad de prepago y postpago corresponden a un mismo mercado. Por otro lado, Nextel es un participante del mercado relevante que potencialmente, tiene la capacidad para ofrecer el servicio relevante en la modalidad de prepago, dados los recursos con que cuenta. En particular, la Resolución Definitiva sostuvo lo siguiente respecto a Nextel:

“Si bien, durante el período investigado uno de los participantes en el mercado de servicios locales móviles de voz (Nextel) no ofrecía servicios en la modalidad de prepago, dado que ya participa en el mercado relevante y que ya ha superado las barreras a la entrada que limitan a los agentes económicos no participantes en el mercado relevante, resulta predecible que Nextel eventualmente ofrezca diversas modalidades de planes con opciones en la modalidad de prepago.”

Sobre Nextel, Telcel sostiene que por el solo hecho de haber ofrecido el servicio relevante en la modalidad de prepago (al menos hasta la fecha en que fue presentada la promoción de Telcel, en 2010), no debería considerarse como parte del mercado relevante. Esta apreciación de Telcel carece de fundamento, toda vez que en la Resolución Definitiva se consideró a Nextel como un potencial oferente de la modalidad mencionada.

f) Adicionalmente, Telcel desarrolla su idea de sustituibilidad a partir de una frase expresada en la página 109 de la Resolución Definitiva y que alude al tema de competencia. En este contexto, Telcel señala que el sustento teórico de la sustitución se basa en el hecho de que:

“(…) un demandante puede acceder a otro servicio, u oferente para satisfacer sus necesidades de consumo ante un aumento en el precio del bien o servicio originalmente consumido. Esta noción es independiente del mercado donde se desarrolle dicha sustitución. La noción de mercado competido simplemente dependerá de las facilidades para que se dé dicha sustitución. En el caso de la telefonía móvil en México, en efecto los agentes demandantes tienen la capacidad de cambiar de operador de servicios de telefonía de una manera rápida y sin costos significativos; esto es, de sustituir sus servicios. Especialmente en el mercado de prepago, dada la existencia de portabilidad numérica, un usuario puede cambiar de operador de telefonía móvil en el corto plazo, sin enfrentar

²⁰⁴ Páginas 101 a 103 de la Resolución Definitiva.

costos adicionales, y manteniendo su mismo número. De esta manera, tienen posibilidades de sustitución totales. En efecto, esto es el reflejo de un mercado competido; tal y como es el caso del mercado de la telefonía móvil en México."

Al respecto, cabe señalar que Telcel realiza un comentario fuera de lugar, tomando frases que no corresponden a la discusión de sustitución entre bienes o servicios que se lleva cabo en la conformación de la dimensión del producto del mercado relevante. Para mayor claridad, se transcribe íntegramente lo sostenido por la CFC en la página 109, y en subrayado la frase citada por Telcel para el presente procedimiento:

"103. TELCEL manifestó que la "LFCE establece que para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial deberá considerarse qué sucede si éste intenta aumentar sus precios unilateralmente". En este escenario, Telcel argumentó que si decidiera incrementar los precios del servicio de telecomunicación móvil a usuarios de prepago, éstos podrían acudir a proveerse del servicio con los competidores de Telcel (esto es "TELEFONICA, IUSACELL, NEXTEL, MAXCOM y SAI"), ya que según este agente económico la "existencia de sustitutos impide que Telcel aumente sus tarifas de prepago unilateralmente". Asimismo, Telcel señala que aunado a lo anterior, "los usuarios -tanto de prepago como de postpago- pueden también optar por cambiar de proveedor sin incurrir en costos" dada la existencia de portabilidad numérica, prueba de ello es que México, muestra la "tasa más alta de desafiliación".

Al respecto, cabe hacer una precisión sobre la interpretación de TELCEL de la LFCE. De acuerdo a la fracción I de (artículo 13) la LFCE, la Comisión debe considerar para, efectos de determinar poder sustancial de mercado, si el agente económico "puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder", entre otros. En este sentido, la Comisión ha evaluado la situación mediante la cual un agente económico "puede fijar precios unilateralmente", es decir, que actúa de modo independiente, por lo que otros competidores no pueden contrarrestar tal acción. Lo anterior es así, como se puede corroborar en la sección V.2, numerales 104 a 154 del DP.

Por otro lado, el ejercicio planteado por TELCEL insinúa una situación fuera del contexto en la cual dicha empresa opera. Telcel sugiere que si llevara a cabo un aumento del precio de su servicio provocaría que el total de sus usuarios de prepago pudieran optar por empresas competidoras. Esta aseveración, corresponde a la característica de un modelo de mercado perfectamente competitivo, según la cual si una empresa incrementa el precio de un bien, los consumidores, dada la carencia de costos para dejar a la empresa e ir a un competidor, pueden acudir con las empresas rivales. En este modelo, ninguna empresa tiene la capacidad de fijar precios, son de un tamaño relativamente pequeño respecto al mercado y el precio es igual al costo marginal. Telcel retoma la conclusión de un mercado perfectamente competitivo para manifestar que dicha empresa es una más del mismo, sin mostrar argumentos o datos que lo sustenten, ignorando que participa con más de "CONFIDENCIAL POR LEY" del mercado y que ha mantenido incrementos continuos en sus márgenes de utilidad,

hechos que notoriamente no se presentan en un mercado competitivo. En este sentido, lo expresado por Telcel respecto a los efectos de un aumento de precios, constituye un mero dicho y carece de toda evidencia.”

De lo anterior se desprende que la frase subrayada se ofrece en el contexto de la discusión de la noción de competencia y poder sustancial de mercado, y del efecto que procedería si una empresa tratará de incrementar su precio en un contexto de competencia perfecta. Lo anterior, ante la proposición establecida por Telcel de que si incrementará sus precios los consumidores acudirían a otras empresas. Es notorio que no se discute sustitución entre los bienes, como lo pretende Telcel.

No obstante lo anterior, Telcel intenta ligar la idea de sustitución de bienes con el concepto de competencia y, por lo tanto, con el de inexistencia de poder sustancial. Lo anterior, porque Telcel asume que la sola existencia de bienes sustitutos ofrecidos por otras empresas, ya de por sí constituiría un mercado competido. Este razonamiento es **infundado** en virtud que carece de toda lógica económica, toda vez que la existencia de un conjunto de bienes sustitutos conformaría la dimensión producto del mercado relevante. Esta definición por sí sola es insuficiente para determinar poder sustancial de mercado, debido a que se requiere identificar otros elementos relevantes, por ejemplo, las empresas oferentes del servicio relevante, su participación de mercado, las barreras a la entrada, entre otros; es decir, los elementos contenidos en el artículo 13 de la LFCE.

g) Telcel continúa con la frase tomada del párrafo subrayado de la Resolución, en particular sobre el hecho de que en competencia perfecta se asume que las empresas sean de un tamaño relativamente pequeño y el precio sea igual al costo marginal, para afirmar que *“que este supuesto no se cumple, aún en mercados competidos, en el caso donde existen importantes economías de escala”*. Agrega también que: *“En general a nivel internacional el número de operadores móviles por mercado oscila entre los 3 y 5. De donde es falso que se requiera, en un mercado con elevadas economías de escala e importantes costos fijos e hundidos, que los oferentes sean de un tamaño relativamente pequeño. De la misma manera, por ser un mercado intensivo en capital y de largo plazo, los precios no pueden igualar los costos marginales. De hacerlo, los operadores se encontrarían incurriendo en pérdidas de manera constante”*.

Con lo anterior, Telcel esboza un discurso confuso y fuera de contexto respecto a las motivaciones expresadas en el párrafo de la Resolución Definitiva que se comenta. Como se ha señalado anteriormente, el tema de la competencia perfecta surge para ilustrar lo equivocado del razonamiento de Telcel sobre la posible pérdida de consumidores si incrementaba su precio (numeral 103 citado líneas arriba). En este sentido, las aseveraciones relativas a operadores pequeños, alto número de empresas o precios distintos a costos marginales, están fuera de lugar y son **inoperantes**, porque no es un tema que la Resolución Definitiva haya sostenido a lo largo de su análisis para determinar que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante.

III.12.2 ASLs: Dimensión Geográfica y Poder Sustancial²⁰⁵

a) Telcel infiere del proceso de determinación geográfica del mercado relevante conclusiones sobre el poder sustancial de mercado. En particular, Telcel hace referencia a lo señalado en el Dictamen (página 27) y a la Resolución Definitiva (página 110), que da cuenta del proceso de conformación de la dimensión geográfica, y de la posterior explicación de la CFC.

En este contexto Telcel manifiesta que "la CFC cae en un ilógico cuando intenta deslindar un argumento del mercado del análisis general de éste. Independientemente del objetivo que se busque con cada uno de los argumentos presentados por la CFC acerca del mercado analizado, éstos deben ser una realidad del mercado. Esto es, los argumentos que se presenten como "realidades o características" del mercado analizado serán verdaderos independientemente del fin que con ellos se busque (...) "Así, si la CFC asegura que ante un incremento en precios en un ASL específica otro operador distinto al que incrementó estos precios puede acudir al mercado, el ASL, para evitar este incremento, ningún operador tendrá la capacidad de incrementar o fijar precios de manera unilateral en un ASL sin que otro acuda a este mercado e impida dicho incremento. Ahora bien, si ningún operador tiene la capacidad de fijar precios de manera unilateral en un ASL cualquiera, por definición, tampoco la tendrá en un conjunto de ASLs específico. En particular no tendrá esta capacidad para fijar precios de manera unilateral en el conjunto total de ASLs; esto es, en el mercado nacional. Si esto es verdad para el análisis de dimensión geográfica tal y como lo asegura la CFC, también será verdad en el análisis de poder sustancial".

Telcel concluye que la CFC se enfrenta a tener que pronunciarse sobre dos alternativas: a) Si el argumento sobre la dimensión geográfica es falso, debe llevar a cabo nuevamente su análisis correspondiente, y b) si fue verdadero, Telcel no tendría poder sustancial en el mercado relevante.

Por último, que las estrategias comerciales pueden variar entre regiones, así como sus particiones en cada región, en estos casos la CFC debió al menos analizar las participaciones de cada uno de los operadores en cada ASL o región. El no haber llevado a cabo lo anterior no se puede determinar cuál es el poder de mercado de un operador específico.

Las manifestaciones de Telcel son infundadas, en virtud que son incorrectas y se derivan de tomar una frase a modo como se explica más adelante. Asimismo, denotan una interpretación errónea sobre el procedimiento establecido en las fracciones II, III y IV del artículo 12 de la LFCE, para determinar la dimensión geográfica del mercado relevante, como a continuación se explica:

²⁰⁵ Páginas 262 a 265 del Escrito del Recurso.

La Resolución Definitiva llevó a cabo el análisis correspondiente de cada una de las fracciones citadas en sus numerales 197 a 211. En particular, la Resolución Definitiva analiza desde la perspectiva del consumidor (numeral 200) señalando lo siguiente:

"200. En un caso hipotético, un consumidor cuya zona de actividad es el área de servicio local (ASL) "A", difícilmente acudiría a una localidad "B", ubicada en una ASL distinta a la de la localidad "A", si se incrementan los precios del servicio de telefonía móvil en la localidad "A". Hacerlo, contratar el servicio en la localidad B, generaría costos adicionales, particularmente el de usuario visitante (roaming) en todas sus llamadas, dado que estaría realizando sus actividades en la localidad "A", lugar distinto al de contratación. En este sentido, el ámbito geográfico del servicio de telefonía móvil está determinado por la localidad perteneciente a la ASL donde se ubica el usuario, puesto que fuera de su ASL incurriría en costos innecesarios. Sin embargo, esta conclusión resulta parcial, dado que es necesario evaluar las condiciones de oferta del ámbito geográfico."

Por otro lado, la Resolución Definitiva también lleva a cabo un análisis desde la perspectiva de la oferta (numeral 204), anotando lo siguiente:

"204. Volviendo al ejemplo hipotético del numeral 200, consideremos las ASL "A" y "B", ambas pertenecientes a una misma región celular/PCS, y dos operadores "X" y "Y" que tienen concesiones en la misma región celular/PCS; supongamos también que "X" es el único operador en el área local "A" y que "Y" lo es en la "B". Si el operador "X" incrementa el precio del servicio en la ASL "A" aunque los consumidores no acudan a otra ASL, es posible que el operador "Y" pueda acudir al mercado "A". Esta situación es altamente factible en el caso del servicio relevante, dado que los operadores móviles que actualmente prestan el servicio, tienen concesiones en un ámbito regional y existe más de uno en cada región del país, por lo que si se presenta el caso hipotético antes citado, un operador podría extender su servicio a otra ASL, dado que ya detenta una concesión. Así, de una delimitación restringida a la ASL, podemos pasar a una definición más amplia, es decir, al nivel regional." (Subrayado transcrito por Telcel para argumentar sus dichos)

Posteriormente en el numeral 205 de la Resolución Definitiva se consideró: *"Tomando en cuenta que los concesionarios que operan actualmente tienen concesiones de espectro en todo el país y que operan en las principales ciudades de cada una de las nueve regiones, el siguiente punto a considerar es si su oferta de servicios es homogénea en todas las regiones. Lo anterior se analiza a partir de la oferta de planes tarifarios en las distintas regiones y la política comercial que llevan a cabo los operadores."*, y en el numeral 207, luego de analizarse las características de los planes del servicio relevante, esta autoridad concluyó que las estrategias de venta son homogéneas en toda la cadena de comercialización de los servicios y en las distintas regiones celulares/PCS en las que operan los agentes económicos. Finalmente, en el numeral en el numeral 210 se determinó:

"210. Finalmente, de acuerdo con lo establecido en los numerales 198-209, se tiene que: si bien desde el punto de vista de la demanda el ámbito geográfico que incide en las decisiones de los consumidores es el de la localidad o ASL, cuando se

consideran aspectos de la oferta, dicha delimitación se vuelve poco relevante. En particular, se observa que casi todos los oferentes actuales del servicio de telefonía móvil: i) tienen concesiones del espacio radioeléctrico en todas las regiones celulares y PCS del país, ii) operan en las principales localidades del país, iii) su política de precios (planes y tarifas) es en su gran mayoría la misma en todo el país y; iv) la política comercial es dirigida de tal forma que permite un control uniforme sobre todo el proceso de comercialización por parte de las concesionarias. De esta forma, usuarios ubicados en distintos lugares pueden acceder a los mismos planes o paquetes por parte de los oferentes que operan a nivel nacional. Por estas razones, el ámbito geográfico del servicio relevante se define como nacional.”

De lo descrito anteriormente, Telcel toma la parte subrayada del numeral 204, para inferir cuestiones de poder sustancial, tan solo porque en dicho párrafo se hace alusión a la posibilidad de que ante un aumento del precio por parte de un operador en una zona determinada otro operador pudiera ingresar a dicha zona. Este párrafo detona los comentarios de Telcel, señalando errores y omisiones por parte de la Resolución Definitiva, desconociendo que se trata de un ejercicio de análisis para delimitar única y exclusivamente la dimensión geográfica, como manda las fracciones II, III y IV del artículo 12 de la LFCE.

Por estas razones, sus argumentos son **infundados**, pues los comentarios de Telcel sacan conclusiones fuera de lugar respecto del poder sustancial de mercado. Hacerlo en la forma como sugiere Telcel es tanto como sostener que basta con el análisis del artículo 12 de la LFCE (mercado relevante) para determinar poder sustancial de mercado (artículo 13 de la LFCE).

III..12.3 Participación con Tendencia Decreciente²⁰⁶

a) Telcel manifiesta que la fracción I del artículo 13 de la LFCE “es la única fracción que permitiría a la CFC señalar la existencia de poder sustancial a un operador en particular”, ya que “la participación en el mercado relevante es importante en la medida en la que permite que el agente económico fije precios unilateralmente sin que los agentes competidores puedan contrarrestar el poder”.

Por otro lado, las fracciones II, III y IV del artículo 13 de la LFCE son “relativas al mercado y no a un operador en particular”, por lo que son características que atañen a todos los operadores del mercado. Sobre este asunto, Telcel concluye: “todos los argumentos relacionados con las fracciones II a IV del artículo 13 de la (LFCE) bien podrían mostrar la existencia de poder sustancial para cualquiera de los operadores que participa en el mercado de telefonía móvil en México”.

Sus argumentos son **infundados**, toda vez que Telcel lleva a cabo una interpretación errada del artículo 13 de la LFCE, al pretender considerar que basta la evaluación de la fracción I del citado artículo para determinar poder sustancial de mercado: es decir,

²⁰⁶ Páginas 265 a 270 del Escrito de Recurso.

esta apreciación de Telcel no guarda relación con lo que la LFCE establece sobre el tema como a continuación se transcribe:

“Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I.- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II.- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III.- La existencia y poder de sus competidores;

IV.- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

V.- Su comportamiento reciente; y

VI.- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.”

El artículo 13 obliga a considerar todas las fracciones, no sólo una, como pretende Telcel. Aunado a ello, tal y como se señaló en la Resolución Definitiva la SCJN ha establecido lo siguiente:

“(…) el concepto ‘poder sustancial en el mercado’ significa, como puede deducirse de la acepción común de los vocablos, la capacidad que tiene un agente económico en el mercado relevante de imponer sus condiciones sobre los demás competidores (En el caso de que éstos existan, sea un mercado oligopólico o abierto), es decir, la situación de dominio que ejerce una empresa en el mercado de bienes o servicios en que se desarrolla, poder que usualmente se mide, según señala el artículo 13 de la misma ley, a través de analizar la manera en que participa en el mercado relevante, su aptitud para fijar unilateralmente precios por encima de la voluntad de sus competidores, la existencia real de éstos, así como la facilidad para que otras empresas accedan al mercado y acudan a las fuentes de insumos.

Citando un texto especializado en la materia, la Suprema Corte apoya su análisis,

‘Poder de mercado es la capacidad para influir sobre el precio del mercado y/o forzar a salir a los rivales’ (Greer Douglas, F. Industrial Organization and Public Policy, citado por Álvarez de Alba en la obra ya identificada). (Amparo en Revisión 2617/96, Warner Lambert, página 292-93, énfasis añadido)”

b) Telcel, también señala que la CFC sostiene “que la capacidad para fijar diferenciales entre las tarifas On-Net y Off-Net es una muestra de la posible existencia de poder sustancial, y que todos los operadores móviles en México lo hacen. Nuevamente, suponiendo sin conceder que lo anterior fuese cierto, estos

argumentos apuntarían a que todos los operadores en el mercado de telefonía móvil tienen poder de mercado. Sin embargo, como no es posible que todos los operadores de un mercado ostenten poder, más bien implica que ante la igualdad de circunstancias, se trata de un mercado competido”.

El argumento de Telcel es inoperante por abundar en sus manifestaciones. Las aseveraciones sobre lo que supuestamente sostiene la Resolución Definitiva en relación al tema *on-net* y *off-net* no corresponden a la misma. Telcel ha omitido verificar el contenido de la Resolución (párrafo 268) y cita un párrafo que correspondió al Dictamen (numeral 153) y que fue modificado conforme lo explicado en misma Resolución Definitiva (página 122, final del penúltimo párrafo). En este sentido, lo expresado por Telcel no controvierte lo determinado al respecto.

c) Dado que la variable relevante, según Telcel, es la participación de mercado, hace diversas observaciones sobre la tendencia observada de dicha variable, en los siguientes términos:

i) *“La participación de Telcel ha venido disminuyendo de manera constante desde 2003 y se espera que continúe disminuyendo en el futuro. Lo anterior demuestra que es falso lo que señala la CFC en la página 112 de la Resolución: “...TELCEL, lejos de perder usuarios, los ha incrementado significativamente en el periodo que se analiza.*

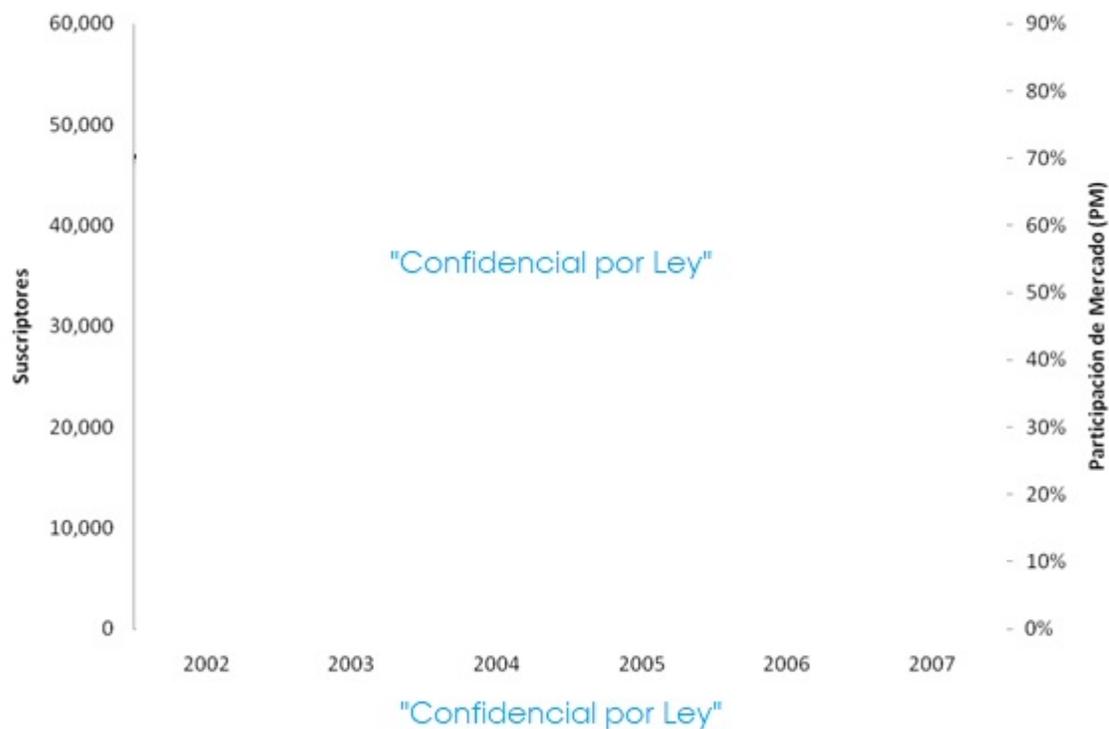
ii) *Excepto Iusacell en el 2008, todos los operadores de telefonía móvil han incrementado su base de usuarios al menos desde 2002 a la fecha, y se espera que lo sigan haciendo en el futuro. La CFC señala en la página 112 de la Resolución que “...las otras empresas del mercado no han impedido que TELCEL continúe incrementando sustancialmente su base de suscriptores”; sin embargo, con los datos presentados se observa que Telcel tampoco ha impedido que las otras empresas continúen incrementando sustancialmente su base de suscriptores, inclusive por encima del crecimiento de mercado.*

iii) *En cuanto a estas adiciones netas, Nextel y Movistar han adquirido un porcentaje de usuarios mayor a su participación de mercado de manera constante, a partir de 2004 para Telefónica y 2005 para Nextel y se espera que continúen así en un futuro. Lo anterior implica que estas empresas han crecido proporcionalmente más que el mercado, aumentando su participación en éste, y con ello su poder de negociación. Esto, a costa del crecimiento de otros operadores, entre ellos Telcel, cuya participación ha decrecido.” (Énfasis añadido)*

Las manifestaciones de Telcel se fundamentan principalmente en las trayectorias que siguen las variables, como participación de mercado y adiciones netas de Telcel y sus competidores; asimismo, a los pronósticos de tendencia que supuestamente seguirían dichas variables. Es de llamar la atención que Telcel no menciona (página 266-277 de su escrito de recurso) dato alguno sobre su participación de mercado, tampoco hace referencia a la de sus competidores. Ello porque toda su discusión de trayectoria

ocurre en el umbral superior del “Confidencial por Ley” de participación de mercado en término de número de suscriptores de Telcel. Este dato de participación es un indicador entre muchos otros analizados en la Resolución Definitiva de que estamos frente un mercado altamente concentrado. En este sentido, y para mayor claridad, a continuación, se muestra un gráfico construido con los mismos datos de las Tablas 3 y 4, páginas 202 y 203, de la Resolución Definitiva para observar la omisión de Telcel.

Número de suscriptores (miles) y participación de mercado (%)



Fuente: Elaborado con base en el Cuadro 3 de la Resolución Definitiva.

El gráfico anterior es ilustrativo para acreditar que tal como se estableció en la Resolución Definitiva²⁰⁷ las trayectorias descritas por Telcel de participación de mercado en seis (6) años no “CONFIDENCIAL POR LEY” del umbral del “Confidencial por Ley”. Si bien es cierto que las trayectorias descritas por Telcel han ocurrido, también es cierto que no han impedido el incremento continuo del total de suscriptores como claramente se observa.

En el mismo orden de ideas también resalta otro hecho, el “CONFIDENCIAL POR LEY” de participación de Telefónica, pero sin superar el nivel del “CONFIDENCIAL POR LEY” de participación de mercado, es más, se aprecia claramente, que cuando “CONFIDENCIAL POR LEY” Telefónica su participación, lusacell “CONFIDENCIAL POR

²⁰⁷ Páginas 201 a 203 de la Resolución Definitiva.

LEY” continuamente. Telcel argumenta que el crecimiento de Telefónica es a costa de Telcel, y contrario a ello, la gráfica al menos en parte indica que el “Confidencial por Ley”, cuestión que es congruente con lo señalado en el apartado “XIV.1.1. Suscriptores”²⁰⁸ de la Resolución Definitiva.

Por otro lado, Telcel sugiere que sus competidores han “crecido proporcionalmente más que el mercado, aumentando su participación en éste, y con ello su poder de negociación” en términos de incrementos en número de usuarios y adiciones netas. Sobre el particular, la Resolución Definitiva²⁰⁹ da cuenta que por “CONFIDENCIAL POR LEY” nuevos usuarios del servicio relevante, Telcel “CONFIDENCIAL POR LEY” a su base de suscriptores y el resto se distribuye entre otros agentes económicos del mercado relevante. Derivado de lo anterior, el agente económico con “CONFIDENCIAL POR LEY” del mercado incrementa su base de usuarios en proporciones mayores a las de sus competidores. Contrario a lo señalado por el Recurrente, este escenario no sugiere que los rivales de Telcel pudieran aumentar su poder de negociación, dado que la empresa con mayor participación está por “CONFIDENCIAL POR LEY” del mercado.

Lo anterior, demuestra que los argumentos de Telcel en relación a las trayectorias de variables de participación de mercado y adiciones netas están fuera de contexto, y en este sentido son infundados, pues no revelan que haya perdido su “CONFIDENCIAL POR LEY” participación de mercado, por lo que sus manifestaciones carecen de sustento.

d) Telcel también hace referencia a que en la página 112 de la Resolución Definitiva sostiene “...la información de las tablas anteriores, muestra efectivamente, que cuando TELEFÓNICA disminuye precios (Tabla 5) su participación de mercado se incrementa (Tabla 3), pero ello en sí mismo no es “prueba palpable” de un mercado “altamente competido” para el caso que se analiza.” Sobre el particular, el Recurrente señala que “si alguno de los operadores tuviera poder de mercado este tipo de dinámicas no se observaría. De ostentar Telcel poder en el mercado habría al menos mantenido su posición en el mercado sin disminuir su participación porcentual en las adiciones netas.” Para reforzar esta observación, Telcel añade que “el mercado mexicano es un mercado en crecimiento por lo que sería difícil que un operador viera disminuida su base de usuarios de manera constante. No obstante, el que Telcel pierda participación de mercado, pese a que no pierda usuarios, es señal de que no ostenta poder en éste”.

Además, Telcel ha seguido estrategias comerciales de sus competidores y este hecho “no concuerda con la hipótesis de poder sustancial en el mercado donde, el operador con poder de mercado, no reacciona ante las acciones de sus competidores”.

²⁰⁸ Páginas 201 y 202 de la Resolución Definitiva.

²⁰⁹ Página 112 de la Resolución Definitiva.

Sus argumentos son inoperantes por abundar en sus manifestaciones. Telcel estima que la observación de precios y participación de mercado de Telefónica, no se observaría si “*alguno de los operadores tuviera poder de mercado*”. Este dicho se basa en una parte de la respuesta a Telcel sobre el tema en cuestión y que ahora lo reitera, como se desprende de la transcripción de la respuesta 105 de la Resolución Definitiva:²¹⁰

“Ahora bien, la información de las tablas anteriores, muestra, efectivamente, que cuando Telefónica disminuye precios (Tabla 5) su participación de mercado se incrementa (Tabla 3), pero ello en sí mismo no es “prueba palpable” de un mercado “altamente competido” para el caso que se analiza.

Durante el período de 2002 a 2007, de acuerdo con la Tabla 3, el mercado creció de “CONFIDENCIAL POR LEY” millones a “CONFIDENCIAL POR LEY” millones de usuarios; Telcel en el año 2002 atendía a “CONFIDENCIAL POR LEY” millones de usuarios y en 2007 a “CONFIDENCIAL POR LEY” millones, lo anterior representó una participación de mercado “CONFIDENCIAL POR LEY” para el periodo en cuestión. En el mismo periodo Telefónica, también incrementó su participación de mercado, pero lo ha hecho desde un nivel de “CONFIDENCIAL POR LEY” en el 2003, el cual representó alrededor de “CONFIDENCIAL POR LEY” millones de usuarios, para alcanzar en 2007 una participación de “CONFIDENCIAL POR LEY” con “CONFIDENCIAL POR LEY” millones. Los datos muestran claramente que Telcel, lejos de perder usuarios, los “CONFIDENCIAL POR LEY” en el periodo que se analiza.” (Énfasis añadido)

Por otro lado y en relación a las adiciones netas, cabe precisar que éstas constituyen nuevos usuarios para la empresa, así, al número de usuarios ya existentes se agregan adicionales. En cierto modo las adiciones netas son un indicador de la capacidad de la empresa para captar nuevos clientes.

Telcel manifiesta que el hecho de observar disminución en la participación de adiciones netas cuando aumentó sus tarifas relativas (dato que se observó en el periodo 2005-2007) es “prueba inequívoca de no tiene poder de mercado”. Al respecto, si bien se observa una disminución en adiciones netas, ello no significa que disminuya el total de usuarios con que cuenta Telcel, como se muestra líneas arriba, en valores absolutos el total de usuarios se incrementa pero cada vez en número decreciente, pero siempre, en adiciones “Confidencial por Ley”. Es decir, por cada “CONFIDENCIAL POR LEY” nuevos usuarios del servicio relevante, Telcel mínimo “CONFIDENCIAL POR LEY” a su base de suscriptores, el resto se distribuye entre otros agentes económicos del mercado relevante. En suma, los niveles de adiciones netas de Telcel no impiden que, en términos absolutos, la empresa incremente el total de usuarios o suscriptores continuamente. En este sentido, las otras empresas del mercado no han impedido que Telcel continúe incrementando sustancialmente su base de suscriptores”. (Énfasis añadido).

Como se desprende de la transcripción anterior, Telcel pretende abundar en sus manifestaciones cuestiones que ya fueron resueltas en la Resolución Definitiva, sin que

²¹⁰ Páginas 111 y 112 de la Resolución Definitiva.

al respecto ofrezca algún elemento o razonamiento que controvierta las consideraciones de la CFC.

No obstante lo anterior, el Recurrente pretende sentar como criterio de poder sustancial el hecho de que sus rivales incrementen su participación de mercado, a pesar de que Telcel aumente en número absolutos, pero en términos cada vez decreciente. La sola observación de la gráfica mostrada anteriormente da cuenta que dichos movimientos ocurren en un escenario en el cual Telcel mantiene participaciones de mercado superiores al "CONFIDENCIAL POR LEY" en el lapso de seis (6) años. Este indicador, bajo cualquier criterio de índices de concentración, es señal de un mercado altamente concentrado.

e) Telcel también señala que además de perder participación de mercado ha disminuido sus precios, ante lo cual la CFC *"no ha dado argumentos económicos para justificar por qué un operador que ostenta poder sustancial en el mercado se podría ver obligado a bajar sus precios, relativos o absolutos, y aún así disminuir su participación. De ostentar dicho poder podría mantener e inclusive incrementar su participación sin la necesidad de bajar sus precios. Lo anterior porque las acciones de sus competidores no serían suficientes para hacerlo perder usuarios de las adiciones netas que le corresponden, o para hacerlo bajar sus precios."*

Telcel hace referencia a una gráfica correspondiente a una *"supuesta tarifa relativa de Telcel y su participación en las adiciones netas de suscriptores"*. Sobre el particular, Telcel cuestiona la gráfica 2 de la Resolución Definitiva con las siguientes observaciones: a) cinco datos son insuficientes para determinar una relación estadísticas entre dos *"series o variables"*, b) la *"relación de los datos que presente la CFC es inexistente"*, debido a un *"comportamiento aleatorio"* de Telcel, c) la tarifa relativa de la gráfica es *"equivoca"* debido a que la CFC utiliza una tarifa ponderada por suscriptores en vez de utilizar la variable *"tráfico"*, la tarifa calculada no considera los planes y patrones de consumo de los usuarios.

Sus argumentos son infundados por una parte e inoperantes por otro como se explica a continuación.

Telcel vincula la disminución en su participación de mercado, disminución de precios y poder sustancial de mercado, y sugiere que de "ostentar dicho poder" podría inclusive incrementar su participación sin necesidad de bajar sus precios. Lo anterior es infundado, dado que Telcel omite señalar nuevamente que las trayectorias de participación de mercado lo ubican por encima del "CONFIDENCIAL POR LEY", señal inequívoca que opera en un mercado altamente concentrado. Asimismo, el Recurrente pretende sugerir que ha perdido una alta participación de mercado, reitera que los puntos porcentuales perdidos no alteran la posición de empresa dominante en el mercado, dada la magnitud de participación.

Por otro lado, y como se explicará más adelante en relación al tema de las utilidades, debe considerarse que Telcel está manteniendo el "CONFIDENCIAL POR LEY" de

participación de mercado en un contexto de crecientes niveles de utilidades hasta alcanzar “CONFIDENCIAL POR LEY” del mismo, cifra superior a la de sus rivales del mercado, y “CONFIDENCIAL POR LEY” respecto a ochenta (80) operadores de distintos países de la OCDE.²¹¹ Es decir, el haber disminuido los precios no ha hecho mella a Telcel, por el contrario ha logrado por otros medios lo que una empresa monopólica suele obtener a través de incremento en precios.

En relación a las observaciones de la gráfica 2 de la Resolución Definitiva, el Recurrente cae en una contradicción respecto a que cinco datos son insuficientes para determinar una relación estadística. Telcel señala²¹² a partir de cinco o siete datos, tres pronósticos: (i) sobre la participación de mercado de Telcel dice que “se espera que continúe disminuyendo en el futuro”, (ii) sobre el aumento de participación de mercado de sus competidores: “se espera que lo sigan haciendo en el futuro”, y (iii) sobre el aumento de adiciones netas de sus competidores: “se espera que continúen así en un futuro”. Es decir, Telcel sí puede hacer estadística con pocos datos, pero la CFC, en el caso de que lo estuviera haciendo, no. Ello es una contradicción de Telcel.

Asimismo, son inoperantes por manifestaciones genéricas los argumentos relativos a la supuesta aleatoriedad de la relación mostrada en el referido Gráfico 2, toda vez que Telcel no explica ni ofrece razones para ello.

Finalmente, sobre la última manifestación de Telcel al gráfico en comentario, asociado a que debió utilizarse la variable tráfico en vez suscriptores para ponderar las tarifas, es igualmente inoperante por manifestaciones genéricas, dado que Telcel no argumenta por qué debe ser así y como tal ponderación podría ser superior a la llevada a cabo por la Resolución Definitiva.

f) Finalmente, Telcel apunta que “*es importante señalar que en la página 162 de la Resolución la CFC señala que Telcel interpreta de manera errónea el crecimiento de Telefónica porque se comparan datos correspondientes a 4 regiones celulares en el 2001 y 9 regiones celulares en el 2007. Independientemente de los argumentos que ya se esgrimieron respecto a la dimensión geográfica, la CFC ya concluyó que el mercado es nacional. Lo que señala Telcel respecto al crecimiento de Telefónica es nacional, tal y como lo establece la misma CFC. Por lo tanto, es incongruente que la CFC señala que el mercado es nacional y posteriormente quiera analizar el crecimiento distinguiendo por el número de regiones.*” Sobre este asunto, Telcel agrega que la CFC “*modifica su análisis*” para ajustarlo a sus conclusiones, y que el crecimiento de Telefónica ha sido significativo, “*incluso a costa de un menor crecimiento de Telcel*”, lo cual “*prueba que no existen barreras a la entrada significativas para que un operador existente pueda expandirse hacia otras áreas o regiones*”.

²¹¹ Página 213, numeral 252. de la Resolución Definitiva.

²¹² Página 269 del Escrito del Recurso.

Al respecto cabe señalar que el señalamiento de Telcel sobre Telefónica surge a raíz de que el perito de Telcel argumentó que: “Un aumento de diez veces en el número de clientes de Telefónica en seis años NO es congruente con la hipótesis de que TELCEL tenga poder de mercado, sobre todo cuando, tal como lo indica la Cofeco en su dictamen preliminar, entre 2002 y 2007, la participación de mercado de TELCEL disminuyó de “CONFIDENCIAL POR LEY” a “CONFIDENCIAL POR LEY”, una vez que Telefónica cambió su estrategia de competencia en México”.²¹³

No obstante lo anterior, en la Resolución Definitiva esta autoridad abordó el tema sobre un hecho que Telcel ahora omite (al igual que el perito en su momento), el crecimiento de Telefónica se dio a través de la adquisición de Motorola y Pegaso. La Resolución Definitiva sostiene en la página 162 que:

*“El perito compara datos de suscriptores correspondientes a **4 regiones celulares** del año 2001, cuando Telefónica recién había adquirido a Motorola, con datos del año 2007, que corresponden a suscriptores de las **9 regiones celulares** en las cuales operaban Motorola y Pegaso, de allí el incremento de “CONFIDENCIAL POR LEY”. Esta comparación es incorrecta como indicador del desempeño de Telefónica, dado que parte de supuestos distintos en relación a las regiones celulares”.*

En virtud de lo anterior, no es que el crecimiento de una empresa y sus rivales en un mercado carezca de sentido para el análisis de competencia, pero es importante distinguir entre aquél que se da por adquisiciones de un rival y aquél que se obtiene en el proceso de competencia.

En este sentido, el hecho de que Telefónica haya crecido “CONFIDENCIAL POR LEY” parecería un síntoma de competencia para el perito, al igual que Telcel, pero a la luz de los datos se constata que es producto de la adquisición de Motorola y Pegaso por Telefónica. En consecuencia, la acumulación de suscriptores de Telefónica se da por una transferencia por parte de las empresas que vendieron, y no es producto de la decisión de consumidores en el contexto de la competencia.

Por esta razón, los argumentos de Telcel son infundados, toda vez que sus razonamientos pretenden erróneamente inferir a partir de tasas de crecimiento obtenidas por una concentración como una señal de un mercado competido, para el procedimiento de poder sustancial de mercado.

En relación a lo citado por Telcel de que “lo cual prueba que no existen barreras a la entrada significativas para que un operador existente pueda expandirse hacia otras áreas o regiones”, se abordara más adelante en el apartado de barreras a la entrada.

III..12.4 Incapacidad para fijar precios²¹⁴

²¹³ Página 161 de la Resolución Definitiva.

²¹⁴ Páginas 270 a 276 del Escrito del Recurso.

Telcel señala que la CFC se basa en dos argumentos para determinar el “*supuesto poder sustancial*”: i) “*un supuesto diferencial entre tarifas On-Net y tarifas Off-Net, como indicativo de un poder unilateral de Telcel para fijar precios en el mercado relevante*”, y ii) “*la inferencia que hace la CFC para plantear una relación entre márgenes operativos y la capacidad unilateral de fijar precios*”.

Al respecto cabe mencionar que, de los dos temas planteados por Telcel, el primero i), es **inoperante** por cuanto el argumento mostrado no corresponde a lo establecido en la Resolución Definitiva. Este señalamiento corresponde al Dictamen (numeral 153) pero que fue modificado en la Resolución Definitiva (numeral 268), por ende, no controvierte lo determinado en ésta última.²¹⁵

a) Telcel concentra sus manifestaciones sobre el tema ii), y sostiene que la CFC omite “*la noción estricta necesaria para la declaración del poder sustancial, que es la unilateralidad, implica autonomía para fijar los precios, de manera independiente e indiferente a las acciones, reacciones o estrategias de los demás competidores en el mercado. Pues bien, la CFC no explica cómo pretende conciliar una capacidad de fijación unilateral de precios por parte de Telcel, con una disminución de sus precios acorde con la disminución sistemática en la que ha incurrido la industria de telefonía móvil en México*”.

Además, agrega que un “*operador que tiene poder sustancial en los términos en los que lo define el artículo 13 de la (LFCE), tiene capacidad unilateral de fijar precios sin que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder, con lo que simplemente no tendría por qué seguir la tendencia de disminución de la industria, o tener reserva o preocupación alguna por perder a sus consumidores en caso de no bajar sus precios en sincronía con dicha tendencia*”. En este contexto, Telcel manifiesta que ajusta su estrategia comercial a la tendencia de la industria y a las necesidades de los consumidores, como lo hace cualquier operador en el mercado, por lo cual estima que este comportamiento contrasta con la unilateralidad tipificada en el citado artículo 13.

Es **inoperante por manifestaciones genéricas** que la CFC haya omitido en su resolución el debido cumplimiento de la fracción I del artículo 13 de la LFCE. el Recurrente no explica por qué es que la CFC debió haber tomado en cuenta tal dinámica de precios y cómo es que ello hubiera trascendido a la emisión de la Resolución Definitiva. Adicionalmente, Telcel pretende que se observe la dinámica de precios, soslayando que lo relevante para efectos de determinar la capacidad de fijación de precios es observar la capacidad de cargar precios superiores a su nivel competitivo,

²¹⁵ Página 216 de la Resolución Definitiva.

rentablemente²¹⁶ y por un período de tiempo significativo por parte de un agente económico.²¹⁷

Por otro lado, la afirmación de Telcel de que una empresa que ajusta su estrategia comercial a las necesidades de los consumidores debería de entenderse como un acto contrario a un comportamiento unilateral y por ese solo hecho se le exima de ser un candidato con capacidad para fijar precios, es un absurdo y por lo tanto **infundado**. Este tipo de comportamiento es típico en mercados en los cuales no se conoce adecuadamente a la demanda, sobre todo si ésta es muy heterogénea en gustos e ingresos, por lo cual en aras de conseguir el máximo beneficio deberá ajustar su oferta para captar a los consumidores. Esta estrategia, que es comercial, no implica de facto que una empresa no pueda tener la capacidad de fijar precios. Aceptar la premisa de Telcel es tanto como aceptar que por el solo hecho de que las empresas se preocupen por vender no serían candidatos a ser calificadas como empresas con capacidad de fijar precios.

b) Telcel también sostiene que los “*márgenes operativos*” no se encuentran plasmados en la LFCE “*como un indicativo, directo o indirecto, de la capacidad unilateral de un agente para fijar precios, sino que no tienen por qué, desde un punto de vista económico, constituir evidencia de dicha capacidad*”. Añade, que los “*márgenes operativos*” tienen una serie de problemas, y explica así los mismos: “*En primer lugar, un componente fundamental de dichos márgenes corresponde a los costos del agente, que a su vez serán función de un sinnúmero de variables internas del operador en cuestión*”. (Énfasis añadido)

Sus argumentos son **inoperantes por no justificar la transgresión**. Si bien es cierto, los márgenes operativos no se encuentran literalmente en la LFCE, ello no quiere decir que la CFC esté imposibilitada de su uso para efectos de un análisis de competencia.

A mayor abundamiento, dado que la capacidad de fijación de precios se relaciona con la capacidad de cargar precios superiores a su nivel competitivo, se requiere de una medida que permita valorar la diferencia entre el precio y un precio competitivo, o sea un margen de precio. Sería absurdo pretender que por el solo hecho de no mencionarse en la LFCE una categoría de análisis común en la economía, la CFC no pudiera utilizarla para efectos de evaluar la capacidad de fijar precios de un agente económico en un mercado.

Por lo demás, las razones por las cuales Telcel estima que los márgenes operativos tienen problemas resulta vago al no señalar el “*sinnúmero de variables internas*” que

²¹⁶ Perloff, Jeffrey. Microeconomía. Tercera edición. Editorial Pearson Addison Wesley. España 2004. Pag. 395

²¹⁷ Artículo 11 del RLFCE establece que “*Para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la Ley, se tomarán en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión determine*” (énfasis añadido)

supuestamente la convierten en problema, motivo por el cual, esta autoridad se ve imposibilitada para entrar al estudio de su argumento.

c) Telcel considera que la Resolución Definitiva en la página 114 descarta sus comentarios sobre las posibles eficiencias como causa de la disminución de los costos unitarios. Sobre este tema Telcel presenta tres argumentos:

i) Que ante las afirmaciones de la CFC, *“afortunadamente para la eficiencia de los mercados, así como la elemental libertad de los agentes económicos en México, éstos no tienen por qué justificar el comportamiento de sus costos unitarios a la autoridad. La disminución en costos, causa directa de un incremento en márgenes operativos, es consecuencia de eficiencias internas en la producción. Telcel no tiene por qué demostrar las raíces del comportamiento de sus costos unitarios, y en cambio la CFC debe demostrar fehacientemente y por encima de cualquier duda, que su hipótesis de fijación unilateral de precios es la única que sobrevive a un análisis exhaustivo de todas las posibles causas”*.

ii) Telcel estima que hay un error en los conceptos económicos que utiliza la CFC en el sentido de que un incremento continuo en el margen de utilidad es menos probable en un mercado competido. Telcel considera que *“en un contexto en el que distintos operadores tienen en principio distintas tecnologías, combinaciones de insumos, y proporciones de factores de la producción; es perfectamente posible que existan márgenes crecientes sin que los competidores pudieran presionar a su eliminación, todo ello en un contexto de mercados competidos.”* Las ventajas *“comparativas y competitivas”* que traen las *“innovaciones tecnológicas y las ganancias en eficiencia internas de las empresas, pueden concatenarse a lo largo del tiempo, de tal manera que existan márgenes económicos positivos de manera constante, sin que ello sea indicativo de poder unilateral de fijación de precios por parte del agente correspondiente”*.

iii) El tercer error de la CFC es haber adoptado *“márgenes operativos”* como indicador unilateral de fijación de precios, siendo aquellos *“márgenes contables”* y no económicos. En este sentido, agrega Telcel, que *“el comportamiento de los márgenes operativos de una empresa no constituye un indicador del poder que pueda tener el agente para fijar precios, mucho menos de manera unilateral. La capacidad de fijar precios no puede inferirse a partir de un indicador indirecto como los márgenes citados, y menos cuando éstos ocurren en un entorno de disminución de precios en la industria (...) Un agente económico que tiene poder unilateral de fijación de precios, simplemente no se ocuparía de disminuir sus precios en línea con la tendencia de precios en la industria.”*

Sus argumentos son inoperantes por abundar en sus manifestaciones. Es conveniente precisar que las manifestaciones de Telcel se originan del comentario sobre el Dictamen relativo a la fuente de los elevados niveles de ganancia que ha mantenido

dicha empresa durante el período 2003-2007, mismos que se ubican en el numeral 106 de la Resolución Definitiva.²¹⁸

Telcel sostuvo en el numeral citado que los elevados niveles de ganancia se explicaban por una “*administración más eficiente*” de la empresa; no obstante ello era una simple manifestación gratuita, dado que no estaba respaldada por dato alguno, lo anterior ante la posibilidad de que las disminuciones en costos pudieran explicarse por factores de economías de escala y alcance, dada la información disponible sobre el tema.

Telcel señala en el inciso i) de este numeral, que ya no es una “*administración más eficiente*” la explicación de los márgenes, sino que es “*consecuencia de eficiencias internas en la producción*”, es decir, pasó de la etapa de la administración del servicio al proceso de producción, y no ofrece dato o elemento alguno del porqué su cambio de opinión, como tampoco de aquello que lo sustente. De acuerdo a su lógica no tendría por qué justificarlo, por lo que dichas afirmaciones devienen en meros dichos.

Por otro lado, sobre el supuesto error en los conceptos económicos utilizados por la CFC cuando argumenta que un incremento continuo en el margen de utilidad es menos probable en un mercado de competencia (inciso ii), es infundado porque tal error no existe.

A mayor abundamiento, dada la existencia de beneficios sustantivos obtenidos por una empresa, y ante la ausencia de obstáculos, otras empresas podrían entrar al mercado para hacer negocio y obtener parte de los beneficios sustantivos; esta dinámica hace necesariamente que los beneficios tengan que bajar en algún momento del tiempo. Esta explicación es usual en cualquier libro texto de economía.

Por otro lado, Telcel configura un modelo de mercado incompleto para justificar la existencia de beneficios sustantivos en un mercado, asume operadores con distintas tecnologías y diferentes combinaciones de insumos, y dice que allí es posible la existencia de márgenes (beneficios sustantivos), ello solo es posible si al menos, hay barreras a la entrada –supuesto que no menciona Telcel–, y por tanto no se tendría un mercado competido.

Telcel pretende justificar su ejemplo con las “innovaciones tecnológicas” que tendría un efecto beneficioso para una empresa a lo “largo del tiempo”; sin embargo, la variable que sugiere Telcel es una barrera a la entrada, de manera que en ese supuesto no estamos en un modelo de mercado competido. En suma, Telcel muestra modelos incompletos de mercado para pretender justificar la existencia de sus crecientes márgenes de utilidad.

²¹⁸ Páginas 113 a 115 de la Resolución Definitiva.

Finalmente, sobre el supuesto de la CFC por utilizar márgenes operativos y que los mismos son contables y no económicos, son inoperantes por abundar en sus manifestaciones, toda vez que dicha cuestión ya fue abordada en la Resolución Definitiva sin que el Recurrente la controvierta.²¹⁹

d) Telcel estima que el poder sustancial que le imputa la CFC se basa casi enteramente en el supuesto de poder para fijar precios. En particular, Telcel cita lo señalado por la SCJN en las páginas 112 y 113 de la Resolución Definitiva para afirmar que *“si Telcel no tiene capacidad de fijar precios de manera unilateral o restringir el abasto del bien o servicio en cuestión, las medidas de participación relativa de éste en el mercado son inconsecuentes”*. También agrega: *“Así, resulta que con su Resolución, la CFC se encuentra en una posición en la que ninguno de sus argumentos es atribuible de manera exclusiva a Telcel, más que el fenómeno de un mayor tamaño relativo, mismo que además no constituye indicador alguno de poder sustancial por sí sólo, especialmente si no existe capacidad para fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante”*.

Su argumento es infundado, toda vez que la manifestación de Telcel sobre la determinación del poder sustancial de la Resolución Definitiva es errónea. Contrario a lo señalado por el Recurrente, el numeral 338 de la Resolución Definitiva resume adecuadamente los elementos que conforme la LFCE se tomó en cuenta para su conclusión, como a continuación se muestra:

“338. En resumen, la alta participación de Telcel en el mercado relevante en términos de suscriptores e ingresos, los elevados niveles de ganancia que ha obtenido de manera sostenida en los últimos años, su capacidad para obtener adiciones netas de suscriptores por encima de sus competidores como resultado de su elevado nivel de cobertura y amplia red de distribución en todo el territorio nacional, y la existencia de barreras a la entrada significativas para nuevos agentes económicos, son consideraciones que permiten concluir que Telcel es un agente con poder sustancial en el mercado relevante.”

²¹⁹ Página 165 de la Resolución Definitiva: *“(…) Al respecto, cabe precisar que el UAFIRDA (…) es utilizado en el DP como un sucedáneo de la capacidad de generación de efectivo de una empresa como se advierte en el numeral 137 del DP. Por otro lado, el UAFIRDA es un indicador estándar utilizado para mostrar el resultado financiero de una empresa. La Comisión, utiliza el UAFIRDA para mostrar el nivel de utilidad obtenido por Telcel en el año 2007 y para medir la posición relativa de Telcel frente a sus competidores. Ahora bien, el perito señala que la doctrina económica ha establecido desde hace 30 años que el UAFIRDA no refleja apropiadamente el concepto de utilidad económica, sin embargo, no indica referencia alguna que apoye su dicho, limitándose sólo a señalar como causa probable la intensidad de capital en activos. Por otro lado, el perito al manifestar una medida de superioridad económica, sólo se limita a mencionar a la “tasa de retorno sobre la inversión (return on equity)”, sin aportar elementos o características de superioridad alguna frente al UAFIRDA que sustente su dicho. No obstante lo anterior, cabe precisar que indicadores como el UAFIRDA o la misma tasa de retorno sobre la inversión u otros, reflejan distintos aspectos del desempeño de una empresa y que los mismos son potencialmente beneficios para el análisis. Por lo demás, cabe citar que el UAFIRDA es un indicador habitualmente utilizado por diversos organismos e instituciones que evalúan el desempeño en el sector de las telecomunicaciones móviles a nivel internacional, así como en los informes financieros que suelen reportar dichas empresas a las bolsas de valores en las que participan. (…)*

Lo anterior, es congruente con lo señalado por la SCJN y que fue referido en las páginas 112 y 113 de la Resolución Definitiva:

"(...) el concepto 'poder sustancial en el mercado' significa, como puede deducirse de la acepción común de los vocablos, la capacidad que tiene un agente económico en el mercado relevante de imponer sus condiciones sobre los demás competidores (En el caso de que éstos existan, sea un mercado oligopólico o abierto), es decir, la situación de dominio que ejerce una empresa en el mercado de bienes o servicios en que se desarrolla, poder que usualmente se mide, según señala el artículo 13 de la misma ley, a través de analizar la manera en que participa en el mercado relevante, su aptitud para fijar unilateralmente precios por encima de la voluntad de sus competidores, la existencia real de éstos, así como la facilidad para que otras empresas accedan al mercado y acudan a las fuentes de insumos. (...)" (Énfasis añadido)

Es notorio que el resumen anotado y lo establecido por la SCJN (negritas) son parte de la Resolución Definitiva, por lo que la manifestación de Telcel es errónea y por tanto improcedente.

e) Telcel señala que: *"vale la pena tocar brevemente un punto sobre el comportamiento de precios en la industria sobre el cual la CFC expande sus argumentos en la Resolución. Al expandir sobre la evidencia que presenta en términos de tarifas reportadas por la OCDE, dice la CFC, en la página 107 de su Resolución, que "si como Telcel pretendió argumentar, un conjunto de precios por abajo del promedio indica ausencia de poder sustancial, entonces un conjunto de precios por encima del promedio indicaría la presencia de poder sustancial". Pues bien, pocos son los ejemplos de una falta tal de formalidad en el análisis de los requisitos del artículo 13 de la Ley Federal de Competencia para la determinación de fijación de poder para fijar precios. Si los precios de la industria cambian por debajo o por encima del promedio de países de la OCDE, en función del tipo de canasta de consumo que se tome, ello es motivo de un análisis más profundo por parte de la autoridad, y motivación para que ésta considere con mayor cuidado los razonamientos que plantea o se le están planteando. En cambio, de manera arbitraria, la CFC hace un juicio binario, en el que si no se cumple el detalle de uno de los elementos de convicción que se le han planteado, lo desecha terminantemente a favor de lo que parece cada vez más una conclusión predeterminada: una supuesta capacidad para fijar precios de manera unilateral por parte de Telcel. Si Telcel presenta elementos de convicción y evidencia que considera indicativos, junto con un conjunto amplio de razonamientos que sugieren que el análisis de la CFC es incompleto, no implica que un solo contra-argumento de la CFC represente la cancelación de todo el cúmulo de razones que dio Telcel para apuntar a conclusiones alternativas a las que llegó la CFC."*

Este argumento es inoperante por abundar en sus manifestaciones. Las aseveraciones de Telcel sobre las tarifas de OCDE no aportan algún elemento nuevo que no se haya manifestado en la Resolución Definitiva, particularmente, el que corresponde al numeral 101, páginas 104 a 108. A mayor abundamiento, Telcel pretendió sostener

que, para efectos de determinar poder sustancial de mercado, debería considerarse "comparaciones de precios a nivel internacional y su comportamiento a través del tiempo", dado que éstos "son indicadores mucho más confiables de la posible presencia de poder de mercado que los índices de concentración como el IHH". Esta apreciación es contraria al artículo 13 de la LFCE, como se explica exhaustivamente en el numeral citado.

III.12.5 Competencia vía la heterogeneidad de los planes disponibles²²⁰

a) Telcel considera que la CFC no reconoce "los razonamientos que se le han expuesto sobre la existencia de una expresión fundamental de la intensa competencia económica que existe en el mercado mexicano de las telecomunicaciones, así como en muchos otros mercados alrededor del mundo, y que consiste en la extraordinaria innovación y heterogeneidad de planes comerciales disponibles que compiten por las preferencias de los usuarios en función de la intensidad de su uso, su perfil de consumo, y sus necesidades particulares".

Lo anterior, derivado de las afirmaciones del perito de Telcel (página 162 de la Resolución Definitiva), según la cual la existencia una relación entre los planes del servicio relevante y poder de mercado. Este tema surgió a raíz de que "el perito de Telcel citó a la CFC en la respuesta a la pregunta 15 del cuestionario económico, de la siguiente manera: "la Cofeco afirma que existe una amplia variedad de planes de servicio "con lo cual (sic) los operadores intentan ajustarse de mejor manera a las necesidades de los usuarios". Si "los operadores" diseñan planes de servicio para "ajustarse a las necesidades de los usuarios" de la mejor manera es porque estos tienen opciones de suerte que si los proveedores de servicios no ofrecen planes atractivos dejarán una compañía a favor de otra, prueba inequívoca que el mercado es competido y ninguna compañía tiene poder de mercado."

b) Telcel estima que el argumento abordado por el perito no debe descartarse tan fácilmente. Además, agrega que los operadores del mercado se encuentran atentos a las necesidades y preferencias de los consumidores y estudian el diseño de nuevas modalidades de consumo, formas de comercialización, ofertas y descuentos. En este sentido, Telcel estima que es "gracias a la competencia (...) que hoy en día existen planes de consumo con minutos libres de cargo a familiares y conocidos, (...)". En contraste a lo dicho por Telcel, esta empresa señala que la CFC afirma que "sin base a teoría económica alguna que la vincule, que por el mero hecho de existir planes sobre el servicio de telefonía móvil ya es razón suficiente para afirmar la existencia de un "mercado competido" o que Telcel no tiene "poder de mercado". Pues bien, el que la CFC no crea que el fenómeno descrito descarta la posibilidad de que Telcel tenga poder de mercado, tampoco puede desechar el razonamiento como un indicador importante que sugiere la presencia de fuertes innovaciones comerciales como la base de la competencia por la preferencia de los usuarios."

²²⁰ Páginas 276 a 280 del Escrito del Recurso.

c) También, señala Telcel que si *“tuviera poder sustancial en el mercado relevante que define la CFC, entonces por definición tendría poder para fijar unilateralmente sus precios y tarifas en el mismo, y sería por esa misma razón que no tendría que ocuparse tan detalladamente de ofrecer sucesiones de planes y modalidades de comercialización que se ajusten, no sólo a los perfiles de los consumidores, pero más importante, a los mismos planes e innovaciones comerciales generadas constantemente por sus competidores.”* Finalmente, agrega, que las *“innovación comercial, así como todo proceso de mercado que tenga como resultado la ampliación del abanico de bienes y servicios disponibles para los consumidores, no sólo los define la teoría económica como consecuencia directa de los procesos competitivos. Lo que es más, están explícitamente tipificados en lo que el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica considera ganancias en la eficiencia de los mercados (...). Desafortunadamente, la CFC omite análisis alguno en este respecto.”*

Sus argumentos son **infundados**, toda vez que lo mencionado por Telcel no tiene sustento ni en la Ley ni en la teoría económica.

Por un lado, el Recurrente pretende probar que existe un mercado competitivo, con la mera existencia de diferentes paquetes de telefonía celular ofrecidos por distintos competidores en el mercado de telefonía móvil en México. Llevando el argumento al absurdo, bastaría probar que existen diferentes alternativas de un mismo producto para concluir que existe un mercado competitivo. Por ejemplo, si se supone un mercado que existe una sola empresa (monopolista) que produce un bien, pero que ofrece dicho bien en diferentes presentaciones, ya sea con mayor o menor cantidad de producto, o con diferentes empaques y etiquetas, según el argumento de Telcel, este mercado sería competitivo, ya que bastaría probar que existan diferentes *“opciones”* del mismo bien para concluir que es un mercado competitivo, sin analizar todas las fracciones que contempla el artículo 13 de la LFCE.

Es evidente que se necesitan analizar todas las fracciones que determina la LFCE en su artículo 13, para determinar la existencia o inexistencia de poder de mercado por parte de un competidor, tal como se realizó a lo largo de la Resolución Definitiva, y no haciendo un análisis como el que realiza Telcel.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución Definitiva se determinó que: *“(…) en la teoría económica es ampliamente conocido el tema de la discriminación de precios y la justificación económica del por qué, ante el desconocimiento de las preferencias del consumidor sobre la cantidad a consumir de un bien y el modo de adquirirlo, las empresas suelen ofrecer un conjunto de paquetes con la intención de que los consumidores se autoseleccionen.”*²²¹ Esta modalidad de fijación de precios se conoce como discriminación de segundo grado, y es la explicación de la existencia de diversos planes del servicio relevante y fundamenta la frase *“ajustarse a las necesidades de los usuarios”* en el numeral 104 del DP y que son motivo de las incorrectas apreciaciones del perito de la pregunta 15 en comento.

²²¹ Fuente: Perloff-Carlton, Op. Cit, cap, 10.

(...)”²²²; es decir, el hecho de que existan diferentes paquetes de telefonía móvil ofrecidos por una empresa, es perfectamente compatible con la existencia de monopolios discriminadores de precios (como se describió anteriormente en el numeral 12.4, inciso c) de esta resolución); dicho de otra manera, la situación descrita por Telcel puede ilustrarse con la existencia de un monopolio que discrimina precios.

Según lo determinado en la Resolución Definitiva (de acuerdo con el párrafo transcrito) el oferente de un servicio tiene desconocimiento de las preferencias de los consumidores, por lo que lanza diferentes “*opciones*” (pequeñas variaciones) del mismo bien o servicio a diferentes precios, con el fin de extraer lo más posible el excedente del consumidor.

De esta manera, la existencia de diferentes paquetes de telefonía móvil puede ser explicado por la existencia de discriminaciones de precios, y no necesariamente por la existencia de competencia, como erróneamente argumenta Telcel.

Por otro lado, respecto a las “*ganancias en eficiencia*” que según el Recurrente la Comisión omitió analizar, ese análisis se encuentra establecido dentro de los artículos 10 y 18 de la LFCE. El artículo 10 establece las conductas que se catalogan como prácticas monopólicas relativas, las cuales serán castigadas en la medida de que se prueben ciertos supuestos, como la existencia de poder de mercado, además, de analizar los posibles beneficios a los usuarios que dicha práctica genera. Dicho de otro modo, las prácticas monopólicas relativas se deben analizar bajo la regla de la razón, es decir, se debe determinar qué es mayor, si los efectos anticompetitivos de la práctica, o los posibles beneficios al consumidor derivados de dicha práctica. Por su parte, el artículo 18 establece en su fracción V que uno de los elementos que se deberá considerar para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la Ley son aquéllos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se derivaría de la concentración y que incidiría favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

En consecuencia, se deben de señalar dos cosas: la primera, es que el presente caso no está relacionado con la comisión de alguna práctica monopólica relativa o concentración, ya que ese tipo de prácticas siguen otro tipo de procedimientos, el presente caso corresponde a la declaración de poder sustancial en un mercado en específico conforme al artículo 33 bis de la LFCE. No se está acusando a Telcel de haber cometido alguna práctica monopólica ni se está evaluando el supuesto que se concentre con algún agente económico, sólo se está reconociendo que tiene poder sustancial en el mercado.

La segunda, es que debido a que no se está analizando ninguno de los supuestos anteriores, no es necesario, ni lógico, revisar las ganancias en eficiencia, ya que no existe acción que se deba analizar, es decir, no se puede analizar las ganancias en

²²² Página 163 de la Resolución Definitiva.

eficiencia de alguna práctica monopólica relativa o concentración, si no hay tales. De esta manera lo argumentado por Telcel es infundado.

III..12.6 Diferenciales On-Net / Off-Net²²³

El presente numeral fue materia del amparo otorgado en la Ejecutoria, mismo que fue otorgado en el entendido de que en el recurso de reconsideración opera la Litis abierta, lo que permite al recurrente hacer valer todas las cuestiones jurídicas que estime convenientes a su interés, como se advierte del apartado II.1 de la presente resolución.

Conforme a lo anterior y en cumplimiento a la Ejecutoria, este Instituto procede a estudiar a fondo el argumento de la recurrente, atendiendo a los lineamientos establecidos en la misma resolución judicial. Por su parte, Telcel en el Escrito del Recurso hizo valer lo siguiente:

A. Señala que en la Declaratoria de poder sustancial solamente existen dos argumentos económicos con los que la CFC determinó poder sustancial a Telcel. El primero se refiere a la relación entre márgenes operativos y la capacidad unilateral para fijar precios y el segundo referente al supuesto diferencial entre las tarifas On-Net y tarifas Off-Net. Sobre este último hace referencia a tres consideraciones del Dictamen mismos que ubican en las páginas 42 y 43:

a) *"En un contexto de redes asimétricas, el operador más grande tiene el incentivo de fijar tarifas Off-Net superiores a tarifas On-Net para alentar llamadas dentro de su propia red y, desalentar las llamadas desde otra red a la suya".*

b) *"El operador de telefonía móvil con la red más grande tiene incentivos de cargar una tarifa Off-Net por encima de costos. Una tarifa Off-Net más alta: i) desalienta las llamadas hacia otras redes; ii) desincentiva la migración de usuarios hacia redes de menor tamaño, desalentando el crecimiento de sus competidores; y iii) facilita la captación de nuevos usuarios de red".*

c) *"...los incentivos que tiene el operador de telefonía móvil que posee la red más grande de usuarios, de cargar una tarifa Off-Net por encima de costos. (...) una tarifa Off-Net más alta, desincentiva las llamadas a otras redes, desalienta la migración de usuarios hacia redes de menor tamaño, y facilita la captación de nuevos usuarios de red. Dados los incentivos y la capacidad de Telcel, establecer una tarifa Off-Net por encima de costos sí es indicativo de la capacidad de este operador de fijar tarifas en el mercado relevante."²²⁴*

Al respecto señala que los argumentos de la CFC son falsos e incompletos. Considera que es "(...) falso que sólo el operador "más grande" tenga incentivos o

²²³ Páginas 280 a 285 del Escrito del Recurso.

²²⁴ Página 280 del Escrito de Recurso.

capacidad para diferenciar sus tarifas en función de la red de terminación de las llamadas, y por lo mismo, es falso que el fenómeno de diferenciación sea distintivo o indicativo de poder sustancial de un operador de telecomunicaciones (...). Con la finalidad de pretender acreditar su dicho menciona que existe un amplio conjunto de literatura económica que estudia lo que se conoce como las externalidades cerradas de grupos o ECGs, concluyendo que los operadores con independencia *"(...) de su tamaño o participación relativa, tendrán incentivos a diferenciar entre las tarifas On-Net y las tarifas Off-Net, para alentar llamadas dentro de su propia red."*²²⁵

De igual manera señala que, conforme a la literatura, en la práctica internacional *"(...) la diferenciación On-Net/Off-Net no solo no tiene relación con la participación del operador que las aplica, sino que lejos de desincentivar la migración de usuarios hacia redes de menor tamaño, están relacionadas con una de las herramientas más importantes que todos los operadores de telecomunicaciones, independientemente de su tamaño, tienen para competir por el abono de nuevos usuarios a sus redes."*²²⁶

Telcel también refiere que la experiencia internacional, así como la propia experiencia del mercado mexicano, están colmadas de ejemplos en los que *"(...) los operadores de relativamente menor número de usuarios tiene la capacidad de incurrir explícitamente en estrategias de diferenciación como estrategia competitiva para ganar abonados. Más aún la evidencia internacional demuestra que no es posible encontrar relación empírica alguna entre la existencia o magnitud de la diferencia referida, y el tamaño, grado de concentración o nivel de desarrollo de los mercados en los que ocurre, poniendo como ejemplo el caso de Telefónica Movistar quien con aproximadamente con el 20 por ciento de la participación de mercado en telefonía móvil, incurre en diferenciación de sus tarifas On-Net/Off-Net."* Y continúa diciendo que *" (...) la CFC no explica como pretende imputar a Telcel que tiene incentivos y capacidad de diferenciar las tarifas Off-Net de las tarifas On-Net y deducir de ello una supuesta capacidad de fijar tarifas en el mercado relevante, cuando los demás operadores incurren en la misma práctica."*²²⁷

Los argumentos de Telcel son inoperantes, como se explica a continuación.

Telcel hace mención a la literatura económica sobre las externalidades cerradas de grupos o ECGs, por sus siglas. Al respecto lo único que acredita Telcel es qué según la propia literatura, sin importar el tamaño de la red, cualquier operador grande o pequeño tendrá incentivos a diferenciar entre las tarifas On-Net y las tarifas Off-Net, para alentar llamadas dentro de su propia red y crear grupos cerrados. Sin embargo, Telcel pierde de vista la parte medular de uno de los razonamientos efectuados por la

²²⁵ Página 281 del Escrito de Recurso.

²²⁶ Páginas 281 y 282 del Escrito de Recurso.

²²⁷ Página 282 del Escrito del Recurso.

CFC sobre tarifas Off-Net que cobra el operador de telefonía móvil más grande a sus usuarios, consistente en que las tarifas Off-Net de Telcel están por encima de sus tarifas On-Net. Telcel no ofrece elementos o manifestaciones para demostrar que sus tarifas están orientadas a sus costos o que las tarifas tomadas por la CFC para llegar a esa conclusión no son correctas. Así, la literatura podrá dar diversas lecturas sobre los incentivos de los operadores para cobrar tarifas Off-Net pero en nada controvierte el hecho de que las tarifas Off-Net de Telcel son más altas que sus tarifas On-Net y los efectos que tiene ese hecho tiene en el mercado. De ahí lo **inoperante** de su argumento.

Asimismo, lo inoperante del argumento de Telcel también se advierte cuando señala que "(...) *la diferenciación On-Net/Off-Net **no solo no** tiene relación con la participación del operador que las aplica, sino que lejos de desincentivar la migración de usuarios hacia redes de menor tamaño, (...)*" (énfasis añadido). Cabe advertir por esta autoridad que el argumento de Telcel resulta confuso. Una doble negación **-no solo no-** lleva implícita una afirmación, que nos permite concluir que la diferenciación On-Net/Off-Net, **sí** tiene relación con la participación del operador que las aplica. Por lo anterior, la manifestación resulta **inoperante** por genérica.

Por otra parte, vale la pena retomar justamente las transcripciones que realiza Telcel del Dictamen, razonamientos que también se encuentran incluidos en la Resolución Definitiva (párrafos 260, 265 y apartado "VII. *Indebida definición del mercado relevante y poder sustancial*", inciso "VII.1 *Aspectos técnicos y económicos*", subinciso "E. *Tarifas on net y Tarifas off net*"). De la simple lectura que se realice a dichos párrafos, se desprende que el operador de telefonía móvil con la red más grande tiene incentivos para **cobrar una tarifa Off-Net por encima de costos, superior a la que cobran redes más chicas e incluso superior a sus tarifas On-Net a usuarios finales**, lo que tiene como resultado desalentar las llamadas a otras redes y la migración de usuarios a redes más pequeñas, disminuyendo el crecimiento de sus competidores, y a su vez facilita la captación de nuevos suscriptores.

Como quedó señalado en la Resolución Definitiva, el operador con la red de usuarios más grande, al aumentar la tarifa Off-Net, hace más atractiva su red a los usuarios de telefonía móvil, ya que, al poseer la red más grande de usuarios, y tener una tarifa On-Net relativamente menor que su tarifa Off-Net, la capacidad de adquirir más usuarios será mucho mayor que la de sus competidores, ya que esta red será mucho más atractiva para los usuarios del servicio debido a los costos. En este punto es relevante retomar la referencia a la literatura que invoca Telcel sobre los criterios de los usuarios para elegir a un proveedor de servicios de telecomunicaciones. Telcel sostiene que sus usuarios valoran la comunicación con amigos y familiares sobre la comunicación con abonados a la red que incluso podrían no conocer. Sin embargo, Telcel no presenta información sobre sus usuarios y sus características por lo que el argumento realizado con base en literatura no tiene soporte, lo que torta a su argumento gratuito. Vale la pena resaltar que tampoco atendió al requerimiento de información que se le

formuló.²²⁸ Destaca la pregunta 14 del requerimiento citado en el que se le requirió información específica sobre los perfiles de los usuarios de su red. Telcel dejó de atender tanto esta pregunta como el requerimiento en su totalidad. Por lo anterior, el hecho de que alegue cuestiones sobre las características de sus usuarios con base en un artículo académico, sin aportar información que soporte su argumento, torna a su argumento inoperante por gratuito.

Lo anterior es así ya que, entre los factores a considerar por los usuarios finales al contratar un servicio de telefonía móvil con uno u otro operador, además del precio, está la cobertura del servicio y el volumen de usuarios de la red. De esta manera, el precio por las llamadas On-Net y Off-Net adquieren importancia, ya que el hecho de que las llamadas On-Net tengan un precio menor que el de las llamadas Off-Net, inclinará a los usuarios a contratar el servicio con la empresa que tenga la mayor cantidad de usuarios adscritos, pues de esta manera podrán tener acceso a una base mayor de usuarios a un precio menor. Este hecho se ve reforzado por el hecho descrito en el párrafo 261 de la Resolución Definitiva se establece que la tarifa para diez números pre-seleccionados de prepago de Amigo Kit de Telcel es de un peso por minuto, mientras que la tarifa a otras redes móviles es de 3.47 (tres punto cuarenta y siete MXN) por minuto. Sin embargo, Telcel no controvierte estas cifras ni ofrece elementos de convicción que las controviertan.

Por último, por lo que hace a la experiencia internacional, así como la propia experiencia del mercado mexicano, cabe señalar que la determinación de poder sustancial no se basa únicamente en si el resto de los operadores diferentes a Telcel en el caso concreto Telefónica-Movistar tiene tarifas Off-Net mayores a las tarifas On-Net, ya que dicha situación *per se* no lo coloca como agente con poder sustancial de mercado. Lo relevante para acreditar poder sustancial radica en que el resto de los competidores de Telcel puedan contrarrestar su poder, dada su participación de mercado en términos de usuarios (artículo 13, fracción I, de la LFCE).²²⁹ De nueva cuenta, Telcel no aporta elemento alguno que permita acreditar que los competidores de Telcel pueden contrarrestar ese poder de mercado, por lo que su argumento deviene de infundado.

B. Refiere que la CFC consideró que Telcel cobra un peso por llamadas On-Net y obtiene a la vez un valor excedente por llamadas Off-Net de 2.18 pesos minutos, omitiendo "(...) mencionar que tarifas como la de un peso por minuto dentro de su

²²⁸ La Comisión requirió información y documentos a Telcel, en su calidad de agente económico relacionado con el presente asunto, tal y como se advierte en el oficio DGPPL-10-096-2008-079, emitido el siete de mayo de dos mil ocho, visible en los folios 181 a 190 del Expediente, así como de diversos acuerdos de reiteramiento emitidos a Telcel en virtud de su consistente incumplimiento, los cuales fueron legalmente notificados a dicha empresa. No obstante ello, Telcel no presentó la información y documentación solicitada.

²²⁹ En la Resolución Definitiva (página 104) se señaló que los niveles de participación de mercado de Telcel, entre el periodo 2002-2007 se mantuvieron en niveles superiores al 72% como se muestra en el numeral 102 del DP, indicador que no sugiere la existencia de competencia.

red, son tarifas nominativas, plasmadas de manera nominal, y que los operadores ofrecen por minuto y por tipo de llamada dentro de diferentes planes para informar a sus usuarios finales el costo por realizar ciertas llamadas en ciertas cantidades, que no corresponden a la tarifa promedio ponderada implícita del operador, misma que es la tarifa única efectivamente cobrada por los operadores de telecomunicaciones a sus usuarios finales. Una tarifa nominativa como la que cita la CFC, sólo existe, y sólo se puede acceder, bajo ciertas condiciones (...)"²³⁰, como lo son el haber sido usuario de Telcel con un historial de la menos un año con el mismo número, haber mantenido un cierto consumo promedio, entre otros. Y dichas tarifas de un peso solo aplican a ciertas llamadas. Concluyendo que no tiene sentido económico la comparación efectuada los por la CFC entre dos tarifas nominativas que no corresponden a la tarifa promedio ponderada implícita que recuperan los operadores dado el perfil de consumo de sus usuarios.

Al respecto, cabe recalcar la negativa de Telcel en el presente procedimiento a presentar información –en el caso particular, la referente a las tarifas- ya que como se ha señalado reiteradamente, durante el procedimiento tramitado en el Expediente se requirió diversa información y documentación a Telcel. Sin embargo, Telcel no desahogó los requerimientos. El hecho de que ahora señale que las tarifas consideradas por la CFC son nominativas y no comparables, y que la tarifa que debió considerar la CFC era la **"tarifa promedio ponderada implícita del operador"**, **tarifa que tampoco señala cual** es, sólo hace de su aseveración una manifestación gratuita. Por tal motivo, resulta **inoperante** su argumento. Telcel tuvo la oportunidad de presentar información durante el procedimiento que permitiera a la CFC considerar otras tarifas. Sin embargo, no ha desahogado los requerimientos que se hicieron en ese rubro y tampoco presenta datos ni información que abonen a su defensa.

Cabe destacar que la información y/o documentación que se requirió a Telcel fue referente a: **(i)** los sustitutos del bien o servicio de que se trate (en este caso de los servicios locales móviles de voz); **(ii) los costos de distribución del bien o servicio en cuestión;** **(iii)** los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; **(iv)** la participación en el mercado relevante; **(v)** la existencia de barreras a la entrada; **(vi)** la existencia y poder de competidores y **(vii) el acceso a fuentes de insumo**, dicha información, se consideró necesaria para analizar y evaluar los hechos o situaciones que corresponden a los criterios de análisis para la determinación de mercado relevante y poder sustancial en el mismo.²³¹ Destacan en el rubro de tarifas las preguntas 9 y 25 del requerimiento citado, relacionadas con los servicios que presta la empresa y sus costos específicos.

²³⁰ Página 284 del Escrito del Recurso.

²³¹ La Comisión requirió información y documentos a Telcel, en su calidad de agente económico relacionado con el presente asunto, tal y como se advierte en el oficio DGPPL-10-096-2008-079, emitido el siete de mayo de dos mil ocho, visible en los folios 181 a 190 del Expediente, así como de diversos acuerdos de reiteramiento emitidos a Telcel en virtud de su consistente incumplimiento, los cuales fueron legalmente notificados a dicha empresa. No obstante, ello, Telcel no presentó la información y documentación solicitada.

Conforme a lo anterior, Telcel no presentó elementos de convicción o pruebas que permitan demostrar que la diferencia entre las tarifas On-Net y Off-Net cobradas por el operador de llamadas móviles con la base de suscriptores mayor, **sean nominativas o que estén sustentadas en costos**, por lo que sus argumentos son inoperantes al tratarse de manifestaciones **genéricas y gratuitas sin comprobación alguna**.

En suma, el que la CFC haya considerado un peso por llamadas On-Net y que obtiene a la vez un valor excedente por llamadas Off-Net de 2.18 pesos minutos,²³² se encuentra completamente fundado, ya que ante la negativa de Telcel y conforme a lo previsto el artículo 34 bis 2, segundo párrafo, de la LFCE, mismo que es del tenor literal siguiente: “(...)La Comisión adoptará sus resoluciones preliminares o definitivas, según corresponda, con base en los hechos de que tenga conocimiento y **la información y documentación disponibles**, cuando el agente económico emplazado o aquél cuyos hechos sean materia de investigación, así como las personas relacionadas con éstos, **se nieguen a proporcionar información o documentos**, declarar, facilitar la práctica de las diligencias que hayan sido ordenadas o que entorpezcan la investigación o el procedimiento respectivo (...)” (énfasis añadido), y en este sentido, es que la Comisión consideró las tarifas en comento, mismas que ahora Telcel viene a manifestar que se tratan de tarifas nominativas y que las mismas se establecen bajo ciertos requisitos que debe cumplir el usuario final, quedando en evidencia también lo ineficaz de su planteamiento.

C. Señala que “(...) un operador como Telcel lleva a cabo una diferenciación entre tarifas On-Net/Off-Net, en la medida en que éste debe pagar tarifas de interconexión a sus competidores, (...)” y que le parece grave “(...) la relación automática que hace la CFC entre una supuesta diferenciación de tarifas Off-Net, una supuesta capacidad de fijar precios, y la existencia de poder sustancial. Por un lado, y como se ha explicado en los últimos párrafos, la diferenciación entre tarifas Off-Net y On-Net no es, según la teoría y la práctica internacional y nacional, indicador de una supuesta capacidad de fijar precios, pues dicha diferenciación la llevan a cabo competidores de relativamente menor tamaño en innumerables mercados de telecomunicaciones, incluyendo el mexicano.” Y más grave aún “(...) la relación que sin demostrar, hace en automático la CFC entre una supuesta capacidad de fijar precios, y la existencia de poder sustancial. En el mejor de los casos, la CFC dice tener indicios de un fenómeno que en todo caso sería un indicador indirecto de lo que a su decir es una supuesta capacidad de fijar precios. No obstante, la declaración de poder sustancial de un agente en el mercado relevante, requiere de capacidad unilateral para la fijación de precios en el mercado. Unilateralidad que por definición requiere demostrar que el agente correspondiente puede dictar, sin consideración alguna por las acciones o reacciones de sus competidores, las tarifas en el mercado relevante. Pues bien, dicho fenómeno está lejos de ser demostrado con la simple enunciación de diferenciales de tarifas On-Net/Off-Net, sobre todo a la luz de que la mayoría de los

²³² Página 122 de la Resolución Definitiva.

operadores incurren en ello, independientemente de sus tamaños relativos en el mercado.”²³³

Por último, en el inciso C., Telcel señaló que para efecto de establecer la diferenciación entre tarifas On-Net/Off-Net, ésta depende de lo que deba pagar a sus competidores por las tarifas de interconexión. De nueva cuenta Telcel realiza una **manifestación gratuita**, ya que no proporciona mayor información que permita a esta autoridad conocer cuáles son esas tarifas de interconexión que sus competidores le cobran por la prestación del servicio, de ahí la **inoperancia** de su argumento.

Por otro lado, esta autoridad advierte que la CFC acreditó, tanto en el DP como en la Resolución Definitiva, que conforme a la información que obra en el Expediente, Telcel: **(i)** llevaba a cabo una diferenciación de tarifas On-Net y tarifas Off-Net -un peso por llamadas On-Net y obtiene a la vez un valor excedente por llamadas Off-Net de 2.18 pesos por minuto-, sin que Telcel acreditara que éstas tarifas estuvieran orientadas a costos; **(ii)** fijaba estas tarifas sin que sus competidores pudieran actual o potencialmente contrarrestarlas dada su participación de mercado y **(iii)** una vez acreditada la fijación de precios y el que sus competidores no pudieran contrarrestar el poder de Telcel, la CFC determinó que Telcel cuenta con poder sustancial en el mercado relevante.

A mayor abundamiento, es de precisar que la determinación de poder sustancial se encuentra ajustada a derecho, y sustentada en toda la información que se encuentra dentro del Expediente y el análisis específico respecto de las tarifas On-Net y Off-Net puede verificarse en el apartado “VII. *Indebida definición del mercado relevante y poder sustancial*”, inciso “VII.1 *Aspectos técnicos y económicos*”, subinciso “E. *Tarifas on net y Tarifas off net*” de la Resolución Definitiva. De igual manera el análisis completo efectuado por la CFC para la definición del mercado relevante y determinación de poder sustancial quedó ampliamente sustentados en el apartado “VII.2 *Aspectos Formales*”, incisos “A. *Mercado Relevante*” y “B. *Poder Sustancial*” de la misma Resolución Definitiva.

Adicionalmente, no se omite señalar que el inciso C que corresponde a una afirmación del Dictamen, misma que fue modificada en la Resolución Definitiva, como se constata en la página 216 de la misma. Este es un elemento adicional que confirma la inoperancia de las manifestaciones de Telcel sobre el tema *on-net* y *off-net*.

III..12.87 Barreras a la Entrada²³⁴

El presente numeral fue materia del amparo otorgado en la Ejecutoria, mismo que fue otorgado en el entendido de que en el recurso de reconsideración opera la Litis abierta, lo que permite al recurrente hacer valer todas las cuestiones jurídicas que estime convenientes a su interés, como se advierte del apartado II.1 de la presente resolución.

²³³ Página 284 del Escrito del Recurso.

²³⁴ Páginas 285 a 289 del Escrito de Recurso.

Conforme a lo anterior y en cumplimiento a la Ejecutoria, este Instituto procede a estudiar a fondo el argumento de la recurrente, atendiendo a los lineamientos establecidos en la misma resolución judicial. Las manifestaciones del Recurrente fueron expresadas en el siguiente sentido:

A. Manifiesta que existen “dos tipos de barreras a la entrada, las barreras que aplican para los nuevos operadores y aquellas que aplican para que los operadores existentes en el mercado crezcan en éste”. Así, estima que el crecimiento de una empresa establecida puede implicar mayor competencia de la que pudiera generar la entrada de una empresa en el mercado. En este contexto, Telcel “menciona nuevamente los argumentos más relevantes en relación con la existencia de barreras a la entrada en el mercado”. Por ejemplo, el tema de financiamiento, acceso a espectro, cobertura, publicidad y tecnología.

Dado lo anterior, Telcel cita a la empresa Telefónica como competidor que tiene las posibilidades financieras de expandir su oferta en el mercado. También agrega que “los entrantes potenciales pueden ser operadores internacionales que ya operan en otros mercados; y que por lo tanto, cuentan con la experiencia y el acceso al financiamiento necesario. Tal y como lo hizo Telefónica, con toda la experiencia de sus operaciones en Europa, al entrar al mercado mexicano”.

Sus argumentos son inoperantes por contener manifestaciones gratuitas. Ello es así, toda vez que los argumentos de Telcel sobre la noción de barreras a la entrada es una reiteración a lo señalado en sus manifestaciones al Dictamen²³⁵ expresada con términos diversos, sin fundamento formal alguno, y las cuales fueron atendidas en la Resolución Definitiva en el apartado “D. Barreras a la entrada”.²³⁶ En dicho apartado, en específico se señaló que conforme a la fracción II, del artículo 13, de la LFCE y artículo 12, de su RLFCE, el “análisis de barrera a la entrada debe realizarse desde la perspectiva de un potencial entrante a los mercados relevante, y no de un operador establecido”.

Por otro lado, y en relación al acceso al mercado de Telefónica, se reitera que el tema no es sobre una empresa ya establecida en el mercado, sino a las barreras que hay que sortear para entrar al mercado relevante. Es decir, hay costos hundidos y otro tipo de barreras que tendrán que enfrentar quienes busquen entrar a participar en el mercado relevante. Si bien Telefónica puede tener experiencia de Europa, Telcel no señala cómo esa experiencia evitó que tuviera de hacerse de concesiones sobre el espectro en territorio nacional o que dejara de invertir en medios publicitarios a nivel nacional.

En el mismo sentido, es necesario indicar que Telefónica ya participa en el mercado y que el argumento de Telcel sobre la experiencia internacional de Telefónica podría

²³⁵ Páginas 127 a 133 del Escrito de Manifestaciones.

²³⁶ Páginas 115 a 177 (numerales 107 y 108) de la Resolución Definitiva.

considerarse también como una barrera para algún agente que busque entrar al mercado.²³⁷ Es necesario resaltar que Telcel también cuenta con experiencia internacional, por lo que no es una característica privativa de Telefónica.²³⁸ En ese orden de ideas, la experiencia internacional de la que gozan Telcel y Telefónica refuerza la conclusión sobre la existencia las barreras a la entrada del mercado relevante.

En este mismo contexto, el señalamiento de la Resolución Definitiva sobre el tema de acceso al financiamiento, no es o está resuelto con la existencia de empresas de telecomunicaciones en el mundo con solvencia financiera como lo sugiere Telcel, sino de que la entrada de una empresa al mercado sea rentable: *“El hecho de que un operador internacional como Telefónica tenga un alto valor de capitalización, no significa que un nuevo entrante al mercado relevante, sin historial y que debe enfrentar a las empresas establecidas, pueda acceder fácilmente a montos de financiamiento elevados y a un bajo costo financiero.”*²³⁹

B. En relación al tema de acceso al espectro, Telcel reitera que el acceso depende principalmente de la decisión del gobierno para llevar a cabo licitaciones, además agrega, existen otras alternativas para acceder al espectro, por ejemplo se cita el caso del subarrendamiento de espectro que mantiene Telcel y Unefon. Este ejemplo, de acuerdo a Telcel, disminuye la barrera a la entrada de nuevas empresas. Asimismo, cuestiona el caso citado en la Resolución Definitiva sobre la empresa SAI, quien detenta una concesión en la Región 8 desde 1998 y la cual no está operando, sugiriendo que la CFC debió analizar la posibilidad de que dicha empresa estuviera especulando con el espectro.

Primeramente, por lo que hace al tema del acceso al espectro a que se refiere el Recurrente, cabe señalar que en la Resolución Definitiva se hizo mención a que *“las licitaciones de espectro en el país no se realizan con frecuencia, la primera fue 1998 y la segunda en 2005”*, agregando además que *“simplemente acude a la evidencia histórica para sostener que el tiempo requerido para que un operador disponga de espectro radioeléctrico es largo, de ahí que represente una barrera a potenciales entrantes.”*²⁴⁰ Cuestión por la que la Comisión ha considerado el acceso al espectro como barreras a la entrada, independientemente de que sea el mismo Estado quien lleve a cabo la licitación. Efectivamente como lo demuestra la evidencia histórica a que se hace mención en la Resolución Definitiva el tiempo requerido para que las licitaciones de espectro se lleven a cabo ha sido largo. Es justo por esa razón que se vuelve una barrera para que un jugador entre rápidamente al mercado, lo anterior tomando en consideración también el hecho de que el espectro es un recurso limitado.

²³⁷ Véase párrafo 276 visible en el folio 18912 del Expediente.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Página 117 de la Resolución Definitiva.

²⁴⁰ Página 118 de la Resolución Definitiva.

Telcel argumenta que es posible acceder a espectro mediante un mecanismo diverso a la licitación. En concreto, afirma que es posible acceder mediante el arrendamiento de espectro de Unefon a Telcel. Sin embargo, el ejemplo citado no corresponde a la forma en que una nueva empresa entre al mercado (dado que estamos en el análisis de barreras a la entrada), sino de una ya establecida en el mercado como es el caso de Telcel. Exceptuando el caso citado del arrendamiento de Unefon a Telcel, no se conoce otra transacción que permita afirmar la existencia de un mercado de reventa de espectro como lo pretende insinuar Telcel. Asimismo, no hay evidencia en el Expediente de que así sea, ni tampoco Telcel aportó evidencia que permita acreditar la existencia de un mercado de reventa durante el periodo investigado. Estos hechos confirman lo sostenido en la Resolución Definitiva en el sentido de que el acceso al espectro resulta ser una importante barrera a la entrada para nuevas empresas y por ende su argumento es **infundado**.

Ahora bien, en cumplimiento a lo señalado en el párrafo 39, inciso c), de la Ejecutoria, esta autoridad procede al análisis relacionado con el argumento de Telcel respecto a que "(...) la CFC no fundamenta su decir pues no analiza la posibilidad de que este agente (Servicios de Acceso Inalámbricos, S.A. de C.V. (SAI)) haya adquirido el espectro con fines especulativos para comercializarlo más adelante tal y como se ha visto en otros mercados alrededor del mundo, especialmente en Europa."²⁴¹

A fin de dar respuesta a lo anterior, debe recordarse que la manifestación respecto a la adquisición de espectro de SAI, surge de la prueba pericial ofrecida por Telcel. Según se señaló en la Resolución Definitiva, al analizar la prueba pericial en materia de economía ofrecida por el Recurrente respecto al tema de barreras a la entrada, Telcel cuestionó a su perito respecto a si SAI y Maxcom, (i) habían tenido problemas para obtener financiamiento e iniciar sus operaciones en México; (ii) si el hecho de que su modelo de negocios les permitía operar en una parte del territorio nacional es prueba de que no se requiere que una nueva empresa deba abastecer todo el territorio nacional.

Al respecto, el perito en ambos casos declaró afirmativamente a las preguntas de Telcel sin aportar mayor información o dar razón de sus respuestas.²⁴² Por su parte y a este respecto la CFC señaló en la Resolución Definitiva que "(...) el caso de SAI, a pesar que adquirió el espectro radioeléctrico de la Región 8 en el año de 1998, al momento de emitirse el DP, es decir, 9 años después no habían ofrecido servicios, **prueba de lo difícil que resulta ser un competidor efectivo en el mercado relevante**."²⁴³ Con lo anterior la Comisión concluye que no es sencillo ser un competidor en el mercado de telefonía móvil a nivel nacional, dado que existen barreras considerables para iniciar operaciones y mantenerse en el mercado.

²⁴¹ Página 287 del Escrito del Recurso.

²⁴² Véase página 166 de la Resolución Definitiva.

²⁴³ Véase página 167 de la Resolución Definitiva.

De lo anterior se desprende que al momento de la emisión del DP, SAI no había operado en el mercado relevante. Esa premisa torna irrelevante el hecho “especulativo” al que hace referencia Telcel, ya que se trata de un mero dicho sin comprobar la posibilidad de que SAI haya adquirido el espectro con fines “especulativos” para comercializarlo posteriormente como ocurre en otros mercados del mundo. Suponiendo sin conceder fuera cierto que SAI adquirió espectro para especular con él, es necesario tener en cuenta que la intención o fin con el que un agente económico se hizo de espectro no es un requisito para determinar poder sustancial. Tampoco podría considerarse como un hecho que permita descartar poder sustancial o descartar que hacerse de espectro no es una barrera a la entrada del mercado relevante.

Las conclusiones del perito confirman que el acceso al espectro resulta ser una importante **barrera a la entrada** para nuevas empresas ya que, en su caso tendrían que estar atentas a que otra se los proveyese, de ahí lo **infundado** de su argumento.

C. Telcel señala que la CFC se contradice pues en la página 119 señala “(...) *la importancia de la cobertura nacional para el éxito o fracaso de una empresa en el mercado relevante.*” Y en la página 121 estima que la “*cobertura no es tan importante en un mercado como el de la telefonía móvil, especialmente si se considera que existe la posibilidad de que los operadores se enfoquen en ciertos nichos de mercado*”. En este asunto Telcel hace referencia al caso de Nextel, que no tiene cobertura nacional y está “*enfocado a un nicho de mercado bien definido*”.

Su argumento es **infundado**, pues no existe la contradicción que señala. La cobertura nacional es importante porque requiere de una inversión cuantiosa en espectro para comenzar a operar a nivel nacional. Lo anterior sucede con cualquier operador de una RPT móvil a nivel nacional de acuerdo con una estimación realizada por Telefónica. Lo que se señaló respecto a Nextel es que no le resultaba aplicable la estimación realizada por Telefónica porque su modelo de negocios estaba enfocado al nicho de redes de negocios y no tenía cobertura nacional. Así, si Nextel quisiera cambiar su modelo de negocios para contar con cobertura nacional, no podría evitar realizar una cuantiosa inversión para hacerse de espectro.

Además, el Recurrente parte de una premisa errónea, toda vez que en el numeral 113 de la Resolución Definitiva (página 119) versó sobre la dificultad de nuevos operadores para entrar al mercado relevante por la falta de licitaciones para acceder al espectro y la necesidad de invertir para hacerse de concesiones de espectro. Dado que Telcel, ya cuenta con concesiones en todo el territorio nacional, tiene una ventaja importante frente a nuevos entrantes o entrantes potenciales, eso incluiría a Nextel.

D. En relación a la publicidad y red de distribución, Telcel menciona que “*los operadores establecidos y potenciales, al entrar a un mercado intensivo en capital, cuentan con los recursos para invertir en publicidad*”, y que medios “*como Facebook y Twitter, entre otros, permiten que los costos en publicidad y distribución sean menores*”. En este sentido, Telcel estima que “*los avances tecnológicos*

ayudan a minimizar estos costos y, en consecuencia, a disminuir, y en ocasiones eliminar, las posibles barreras a la entrada que estos gastos generan”.

El presente argumento se atiende conforme a lo ordenado en el párrafo 39, inciso c), de la Ejecutoria. Al respecto, debe señalarse que el argumento es **inoperante** por gratuito, toda vez que, en el Expediente no existe evidencia que sustente el dicho de Telcel y tampoco presenta medio alguno para acreditarlo. Telcel estaba en posibilidad de acreditar la minimización de costos derivada de los avances tecnológicos en sus campañas de publicidad. Sin embargo, no ofrece elemento de convicción alguno al respecto.

Esta autoridad no pasa por alto que, si bien es cierto que los medios masivos como internet y los grupos o redes sociales como los conocemos hoy en día, pueden ser un medio de distribución para la publicidad, también resulta cierto que éstos aun no tienen un grado de penetración tal como para eliminar los costos publicitarios de una marca ya establecida, como es el caso de la marca de Telcel. Así, un nuevo entrante no podría evitar los costos de publicidad derivados de la necesidad de posicionar su marca para poder alcanzar una masa crítica de usuarios que permitan hacer viable su operación. En consecuencia, no es posible dejar de considerar los costos de publicidad como una barrera a la entrada.

E. Adicionalmente, Telcel señala cierta ventaja de las nuevas empresas frente a las establecidas en el aspecto tecnológico, dado que “un operador nuevo puede ingresar a un mercado ofreciendo a sus usuarios únicamente estas tecnologías; mientras que los operadores existentes se enfrentan a los costos de la migración tecnológica”.

Su argumento es **inoperante** por gratuito al limitarse a especular sobre la posibilidad de que una empresa que entra al mercado podría hacerlo con la tecnología más actual, provocando que las empresas establecidas con tecnologías viejas deban de asumir un costo de actualización. Al respecto, Telcel no ofrece elemento de convicción alguno al respecto. Se limita a señalar que una empresa entrante lo haría con nueva tecnología y sugiere que estaría en desventaja al tener que asumir una actualización de tecnología para competir con el nuevo entrante.

Se hace énfasis en que, si Telcel se ha enfrentado al escenario de actualizar la tecnología de su red, estaba en posibilidad de probar el monto de inversión requerido para tales efectos. Sin embargo, no ofrece elemento de convicción alguno al respecto, lo que torna gratuito su argumento.

Es necesario señalar que incluso en el escenario de actualización de tecnología, Telcel y el GIE al que pertenece sigue contando con diversos insumos como torres. Los agentes entrantes no contarían con estos insumos. Así, bastaría que Telcel montara nuevos equipos a sus torres para actualizar su tecnología, mientras que un nuevo entrante tendría que hacer de dichos insumos.

a) Telcel introduce el tema relativo a UAFIRDA, tomando ciertas frases sueltas del Dictamen para motivar sus argumentos: "(...) *de la página 40 a la página 42 del Dictamen Preliminar, la CFC presentan la UAFIRDA de Telcel para los años dentro del período de investigación*" (Énfasis Añadido). En base lo que supuestamente señala la CFC en el Dictamen, Telcel estima importante considerar lo siguiente:

i) La UAFIRDA no es adecuada para comparar márgenes de utilidad, sugiere que lo adecuado, conforme la teoría económica, es la "utilidad económica". La utilidad económica, de acuerdo a Telcel *"es aquella que considera la utilidad contable neta y el costo de oportunidad del capital, esto es una utilidad razonable"*. Además, agrega que la UAFIRDA *"no considera la inversión y el financiamiento necesario para dicha operación. Inversión y financiamiento que adquieren una mayor importancia en industrias intensivas en capital como es el caso de la telefonía móvil"*. En este sentido agrega Telcel, *"habrá que considerar el margen de utilidad razonable para poder pasar de las utilidades contables a las utilidades económicas. Lo anterior debido a que son estas últimas las relevantes para un análisis teórico del nivel de competencia en el mercado"*.

ii) El artículo 13 de la LFCE no menciona *"el comportamiento de los márgenes, ni contables ni económicos, como muestra de que algún agente económico en el mercado pueda ostentar poder sustancial en éste"*. Telcel, agrega: *"suponiendo sin conceder que la UAFIRDA fuera relevante para la determinación de la existencia de poder sustancial, tal como intenta demostrarlo la CFC"*, cae en una contradicción. Telcel se basa principalmente de una frase de la página 114 y 124 de la Resolución Definitiva, para sostener que la CFC se contradice respecto a la relevancia del UAFIRDA, ello en virtud de que es considerando importante para Telcel y no para Telefónica.

Sus argumentos son inoperantes, toda vez que el Recurrente trata de acomodar a modo ciertas consideraciones de hechas por la CFC.

Telcel basa principalmente sus argumentos en el Dictamen para sostener lo descrito en los incisos i) y ii), lo cual es inoperante, toda vez que la base de sus argumentaciones debió haber sido lo señalado en la Resolución Definitiva y no el Dictamen, de conformidad con el artículo 33 bis, fracción IV, de la LFCE.

En relación al inciso i), Telcel menciona que la utilidad contable es distinta de la utilidad económica. Este tema es el mismo que fue planteado por el perito de Telcel respecto al Dictamen y contestado en el apartado "F. UAFIRDA" de la Resolución Definitiva.²⁴⁵

²⁴⁴ Páginas 289 a 292 del Escrito del Recurso.

²⁴⁵ Página 165 de la Resolución Definitiva.

En el inciso ii) Telcel hace referencia a Telefónica y a una contradicción sobre la relevancia del UAFIRDA. Al respecto, este tema deriva de la manifestación que hizo Telcel al Dictamen señalando un supuesto informe de Telefónica entregado a la "Securities and Exchange Commission", en el cual Telefónica daba cuenta del crecimiento de sus ventas y el UAFIRDA.

Sobre este asunto, la Resolución Definitiva²⁴⁶ señaló que las tasas de crecimiento no pueden considerarse como un indicador de una fuerte competencia en el mercado relevante, y no obstante, "Telcel no presentó el reporte entregado por Telefónica a la Securities and Exchange Commission, por lo que los datos señalados por Telcel, no ofrecen prueba alguna para desvirtuar lo mencionado dentro del (Dictamen)."

b) Finalmente Telcel señala respecto a sus manifestaciones que, *"En razón de lo anterior queda demostrada la indebida e incompleta determinación del mercado relevante y el supuesto poder sustancial en el mismo que la mayoría del Pleno de la Cofeco pretende imputar a Telcel en este expediente."* Además agrega, *"Por ello la resolución impugnada causa agravio a mi mandante, pues partiendo de supuestos falsos, apreciaciones y valoraciones incorrectas y supuestos no imputables a mi mandante, se han determinado incorrectamente los parámetros de los artículos 12 y 13 de la Ley de Competencia."*

Su argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, toda vez que es una simple conclusión que no acredita ni desvirtúa lo analizado a lo largo de esta resolución.

III..13. Décimo tercer concepto de agravio: Indebida aplicación de los artículos 12 y 13 de la LFCE²⁴⁷

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..13.1 La resolución es ilegal por la indebida e inexacta aplicación de los artículos 12 y 13 de la LFCE por haber desestimado las manifestaciones de defensa de Telcel hechas valer en los numerales XII y XIV del escrito de manifestaciones y defensas de diez de diciembre de dos mil ocho.

Aun cuando la propia Comisión concedió entidad y procedencia a las manifestaciones formuladas por Telcel, no se tradujeron en la desestimación del Dictamen y el cierre del Expediente, sino en la inverosímil confirmación de ese acto y su modificación indebida en la Resolución recurrida.

²⁴⁶ Página 125 de la Resolución Definitiva.

²⁴⁷ Páginas 292 a 311 del Escrito del Recurso.

El argumento de Telcel es inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel no señala cuáles fueron los argumentos a los que se concedió procedencia y, en consecuencia, tienen que modificar el sentido de la Resolución Definitiva.

III..13.2 Según Telcel, la Comisión ha pretendido satisfacer en lo formal los requisitos y elementos que exigen los artículos 12 y 13 de la LFCE para la determinación del mercado relevante y el supuesto poder sustancial, sin que para ese efecto haya realizado un análisis objetivo e independiente.

Es evidente que los argumentos que al respecto expresó Telcel contra el Dictamen no fueron desvirtuados, como lo pretende la CFC.

Que sin hacer valoraciones positivas o negativas, sin que de los elementos o requisitos mencionados se desprendan cuestiones imputables a Telcel, el Pleno de la Comisión simplemente fue citando los elementos exigidos por esos artículos y dando pretendidas respuestas a los mismos, pero sin que de ahí se desprenda que en los datos o hechos presentados Telcel pueda recibir imputación alguna.

Respecto a que se ha pretendido abarcar formalmente los requisitos previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, sin que se desvirtuaran sus argumentos formulados, que no se hacen valer cuestiones imputables a Telcel, el argumento es inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel no señala cuáles son los elementos que no fueron analizados, ni cuáles de dichos elementos carecen de pruebas.

Independientemente de lo anterior, Telcel confunde de nueva cuenta la naturaleza del procedimiento de origen, puesto que no corresponde al mismo hacer imputaciones referidas a la comisión de prácticas monopólicas, sino simplemente señalar las características tanto del mercado como se sus participantes, para poder así determinar la existencia de poder sustancial.

III..13.3 En el fondo se imputa como elemento contrario a Telcel el que cuente con concesiones para operar en todas las regiones del país.

No se toma en consideración que si las tiene es porque la propia autoridad administrativa se las ha otorgado de manera lícita, por lo que nada puede serle reclamado al respecto.

El argumento es infundado, toda vez que el otorgamiento de concesiones jamás fue un hecho sujeto a un juicio de validez o legalidad, dicho extremo fue utilizado a efecto de analizar la definición de mercado relevante en todos y cada uno de sus elementos, en el caso concreto se analizaron los artículos 12, fracción IV,²⁴⁸ de la LFCE y 12, fracciones II²⁴⁹ y VII,²⁵⁰ del RLFCE.

²⁴⁸ Páginas 200 y 201, de la Resolución Definitiva.

²⁴⁹ Páginas 219 y 220, de la Resolución Definitiva.

²⁵⁰ Página 224, de la Resolución Definitiva.

III..13.4 La Resolución Definitiva es ilegal porque la determinación del mercado relevante que se esboza en el auto de inicio del procedimiento y que se formula en la resolución que se combate, a partir del Dictamen, resulta incorrecta, falaz, ad hoc, inexacta, imprecisa y carente de sustento fáctico y legal.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, en virtud que el Recurrente se limita a descalificar la determinación del mercado relevante sin aportar algún elemento que permita analizar su argumento.

III..13.5 Para la determinación del mercado "relevante" debieron considerarse adecuada y materialmente los criterios que expresamente señala el artículo 12 de la LFCE

Su análisis y determinación sólo puede lograrse mediante la tipificación de la situación prevista, en la persona respecto de la cual pretenda hacerse la calificación correspondiente. De la simple lectura de la resolución que se impugna se desprende que en innumerables ocasiones se parte de supuestos no demostrados, de hechos sin comprobar, de situaciones hipotéticas, de presunciones y de conjeturas, de incentivos adivinados, que por lo tanto son insuficientes.

III..13.6 La CFC califica incorrecta e inadecuadamente el mercado relevante y la participación de Telcel.

La definición del mercado relevante no contiene un estudio específico y correcto sobre la industria regulada, las implicaciones y alcances de esa regulación. Inclusive, se pretende definir el mercado sobre la base de la prestación de servicios establecidos o regulados mediante actos de la Cofetel, pero se omite la consideración de los efectos y consecuencias tanto jurídicos como económicos que esa regulación, per se, tiene. Usar meras estadísticas (como la tenencia de acciones o la participación en un mercado) como un dato confiable, resulta incorrecto o inexacto, pues son indicadores que inducen al error en relación con el poder sustancial en un escenario regulado. Es menester que se considere el efecto del ejercicio de las atribuciones de la autoridad reguladora sobre los precios y la entrada al mercado, sobre los servicios concesionados y el cumplimiento de las concesiones. En conclusión, todo el aspecto del mercado regulado en realidad escapa del análisis de la Comisión.

III..13.7. Que existen errores independientes en la Resolución Definitiva sobre la supuesta existencia de tal poder por parte de Telcel, que la convierte per se en un acto ilegal, infundado e inmotivado.

La Comisión desconoce que, en industrias reguladas, la participación en el mercado de una empresa no necesariamente implica que ésta tiene poder para fijar precios o restringir el abasto. Esto es, ignora que en tales industrias el nivel de

participación no es ni corresponde al poder que pudiera tenerse. Ello hace que las menciones que a ese respecto se hacen en la Resolución Definitiva sean innecesarias e inatendibles.

Los argumentos señalados en los numerales III..13.5, III..13.6 y III..13.7 anteriores son inoperantes por reiterativos, el Recurrente se limitó a reiterar textualmente los argumentos señalados en el Escrito de Manifestaciones.²⁵¹ Dichas cuestiones fueron debidamente abordadas en el apartado "VII.2. Aspectos Formales; A. Mercado Relevante; B. Poder sustancial"²⁵² de la Resolución Definitiva sin que Telcel ataque puntualmente lo ahí establecido. En dicho apartado se determinó específicamente lo siguiente:

A. Mercado Relevante

- Telcel se "opone y objeta la determinación del mercado relevante" definido en el numeral IV del Dictamen. Estima que el mismo resulta "incorrecto, falaz, ad hoc, inexacto, impreciso y carente de sustento fáctico y legal". La manifestación de Telcel respecto al mercado relevante son meras afirmaciones sin sustento, se limita a indicar que hay "innumerables" situaciones respecto al mercado relevante del Dictamen que supuestamente carecen de validez, sin embargo, no precisa a qué casos se refiere y que los mismos estén contenidos en el Dictamen.
- El mercado relevante se determinó de acuerdo a los criterios señalados en la norma que la rige y que Telcel soslaya sin argumentación y precisión alguna.
- Telcel, sólo se limita a señalar la necesidad de un "estudio específico sobre la industria regulada", pero no especifica relación alguna entre esta necesidad y el alcance y motivo del Dictamen.
- Por otro lado, Telcel señala que las citas sobre el tema regulatorio son insuficientes, sin embargo, no identifica las supuestas insuficiencias y/o errores sobre el tema, por lo que sus afirmaciones devienen en meros dichos. No obstante, las secciones IV.2 y IV.3 del Dictamen contienen los aspectos regulatorios necesarios para la determinación del mercado relevante conforme al artículo 13 de la LFCE y que en términos generales se refieren a: (i) identificación de los servicios de telecomunicaciones conforme a la legislación sectorial correspondiente y (ii) los servicios de telecomunicaciones y régimen de tarifas y obligaciones sobre su registro, que de acuerdo a los títulos de concesión que se otorgan, pueden ofrecer los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones.
- Las manifestaciones de Telcel sobre el uso y aplicación de la participación de mercado como un indicador para configurar la estructura de mercado son incorrectas y carecen de fundamentación, toda vez que ignoran las disposiciones

²⁵¹ Páginas 137 a 153 del Escrito de Manifestaciones.

²⁵² Páginas 125 a 140 de la Resolución Definitiva.

normativas aplicables al caso, así como los fundamentos económicos sobre la materia.

- Los precios del servicio relevante materia del presente procedimiento **se fijan libremente** por los agentes económicos que participan en el mercado, por lo que no existe una regulación expresa sobre la materia y en consecuencia carece de toda validez la afirmación que pretende sostener Telcel en relación a la acción reguladora y la fijación de precios. Más aún, el presente procedimiento se lleva a cabo justamente para que la autoridad reguladora de la materia, conforme al artículo 63 de la LFT, pueda estar en condiciones de, en su caso, establecer "*obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicios e información*" cuando un agente económico tenga poder sustancial de mercado de acuerdo a la LFCE.
- Con relación a las manifestaciones relativas a la causa eficiente, respecto de la solicitud e inicio del presente procedimiento, se tuvieron por transcritos en obvio de repeticiones innecesarias, los argumentos plasmados en el apartado VI.1.11 de la Resolución Definitiva.
- Es incorrecta la manifestación de Telcel en relación a las supuestas definiciones del mercado relevante en diversas etapas del procedimiento del Dictamen. Carece de todo fundamento la afirmación de Telcel respecto a que el **mercado relevante** es aquel que se manifiesta por quien inicia la solicitud del procedimiento de declaratoria de poder sustancial ("*provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final*"), o en su caso, aquel que hace referencia el acuerdo de inicio ("*los mercados de servicios locales móviles de voz*"). La determinación del mercado relevante es resultado de un proceso de análisis específico, conforme lo establece el artículo 12 de la LFCE, y que, como resultado del mismo, puede coincidir con alguno de los señalados anteriormente o con ninguno. Por lo que resultaría absurdo sostener que un usuario a fin de solicitar una declaratoria de poder sustancial, deba de allegarse de toda la información necesaria, defina el mercado relevante conforme a la normatividad correspondiente en su escrito, y que la autoridad la haga suya en el Dictamen.
- Los señalamientos de Telcel sobre el procedimiento DC-07-2007 y el Dictamen son imprecisos e incorrectos. El procedimiento DC-07-2007 se refiere al mercado de un insumo que se intercambia entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, y este Expediente analiza el mercado de un servicio final que ofrece un concesionario a los usuarios finales o consumidores. Equiparar ambos mercados equivale a señalar que el mercado del insumo es igual al mercado del bien final. Así, se trata de dos mercados distintos, por lo que carece de todo fundamento las alusiones a supuesta "*contradicción*", "*contrasentido*" o "*ineficiencia*", al que apunta Telcel, respecto a la determinación de los mercados relevantes llevados a cabo en los procedimientos del DC-07-2007 y el Dictamen.

- Por otro lado, en relación a un supuesto exceso y contradicción a la ley aplicable sobre los mercados relevantes, si bien es claro que el DC-07-2007 y el Dictamen se relacionan, desde el punto de vista de que tienen en común que se refieren a la materia de telecomunicaciones, ello no impide ni es causa para que la Comisión deje de determinar la situación de mercado imperante en cada uno de ellos, para lo cual deberá determinar el mercado relevante conforme a la LFCE, y por tanto, no se demuestra la contradicción entre las legislaciones aplicables al caso.
- Las manifestaciones de Telcel sobre el ámbito geográfico del mercado relevante definido en el Dictamen son inexactas. Telcel sostiene que el Dictamen soslaya la existencia de las 9 regiones celulares existentes en el país y de las correspondientes regulaciones asociadas en los títulos de concesión de los agentes económicos oferentes del servicio relevante. Al respecto, Telcel ignora que en el numeral 34 del Dictamen se reseña las 28 concesiones que detentan diversos agentes económicos, entre ellos Telcel, y se indica claramente el objeto de la concesión y zona geográfica correspondiente del recurso otorgado para su explotación, identificada como “*región celular*”. Derivado de lo anterior, se concluyó en el numeral 88 del Dictamen, que Telcel, además de Telefónica y Iusacell, detentan concesiones en todas las regiones celulares del país y por ende es factible la oferta del servicio relevante en todo el territorio nacional. Si bien es cierto que existen diversas disposiciones regulatorias, como la denominada ASL, que incide en la modalidad de cómo deberán de cobrarse los servicios a los consumidores y dónde se ubican ellos para efectos de identificarlos geográficamente y proveerles el servicio, las mismas no impiden la oferta del servicio a nivel nacional por parte de los concesionarios que detentan concesiones en todas las regiones celulares del país, más aún, habiéndose constatado que los principales operadores del servicio relevante tienen presencia nacional, tal como se explica en los numerales 82 al 95 del Dictamen.
- Telcel pretende ignorar que es un agente económico que ofrece sus servicios en todo el territorio nacional, hecho relevante para determinar el ámbito geográfico del mercado como claramente se analiza en la sección IV.7 del Dictamen.
- Resultan inexactas las aseveraciones de Telcel, en el sentido de que se ha soslayado los aspectos regulatorios sobre las regiones celulares y las ASL’s en el Dictamen.
- Al margen de la pretendida inconstitucionalidad del artículo 63 de la LFT que Telcel alude, los datos y estadísticas utilizados en el Dictamen no pretenden esconder situación de mercado alguna, como manifiesta Telcel. La información utilizada en el DP, particularmente la que corresponde a la sección V, Poder Sustancial de Mercado, versa sobre el período de cinco años: 2003-2007; y la emisión del Dictamen corresponde al veintiocho de octubre del dos mil ocho, es decir, 10 meses después del 2007, ello es así toda vez que se utilizaron datos anuales y que la información disponible más actualizada correspondió al 2007.

- La CFC sí tiene atribuciones, conforme a lo establecido en el artículo 63 de la LFT y LFCE y su RLFCE.

B. Poder sustancial

- Es incorrecta la afirmación de Telcel en el sentido de que, dado que es “*falaz*” e “*ilegal*” la definición del mercado relevante, luego entonces, también lo es la determinación de poder sustancial. Como ha quedado debidamente sustentado en los numerales 121-129 de la presente resolución, las manifestaciones de Telcel resultan en muchos casos, meras afirmaciones, señalamientos inexactos o que carecen de fundamento, por lo que se tiene por reproducido lo señalado en dichos numerales.
- Carece de fundamento y resulta un mero dicho la afirmación de Telcel en relación a que los aspectos formales de la determinación del poder sustancial son inadecuados. Telcel no señala referencia alguna entre las formalidades aplicables y algún aspecto del DP que motive su afirmación.
- Para la determinación del poder sustancial la Comisión debe considerar lo señalado el artículo 13 de la LFCE: **(i)** la participación de mercado, si el agente económico puede actuar unilateralmente, es decir, independientemente de otros agentes, para fijar precios o restringir el abasto, **(ii)** las barreras a la entrada, **(iii)** la existencia y poder de sus competidores, **(iv)** acceso a fuentes de insumos y **(v)** el comportamiento reciente del agente económico. Es a partir del conjunto de las consideraciones anteriores, que la Comisión debe de determinar la existencia o no de poder sustancial de mercado por un agente económico.
- Ahora bien, cada uno de las consideraciones establecidas por el artículo 13 de la LFCE y sus correspondientes vinculados al Reglamento, ha sido materia de análisis en el Dictamen como lo demuestra las consideraciones contenidas en los numerales 97 al 213 del mismo, por lo que carecen de todo sentido las afirmaciones de Telcel en relación con la supuesta falta de sustentación y motivación.
 - Las afirmaciones de Telcel en relación a las adiciones netas de suscriptores de sus competidores y su relación con las participaciones de mercado son equivocadas. Al respecto, resulta ilustrativa la redacción del numeral 125 del Dictamen: “*Telcel ha participado de las adiciones netas de suscriptores en mayor proporción que cualquier otro operador, en 2003 con “CONFIDENCIAL POR LEY” por ciento de los “CONFIDENCIAL POR LEY” millones de suscriptores adicionales y con “CONFIDENCIAL POR LEY” por ciento de los “CONFIDENCIAL POR LEY” millones de suscriptores que se añadieron en 2007. En 2007 Telefónica logró captar una “CONFIDENCIAL POR LEY” en la adición neta de suscriptores. La participación de 5 por ciento de Nextel ese año también es “CONFIDENCIAL POR LEY” considerando que el segmento de postpago al cual se orienta este operador “CONFIDENCIAL POR LEY”.*”
- La Comisión claramente reconoce que Telefónica ha incrementado su participación en las adiciones netas de suscriptores, es decir, de aquellos nuevos

usuarios que adquieren el servicio de telefonía móvil. Sin embargo, las cifras de adiciones netas no pueden ser consideradas sin tomar en cuenta la cuota de mercado y la estrategia de precios por parte de Telcel. Sobre este asunto, es importante destacar que Telcel ha mantenido invariablemente entre los años 2002-2007 una cuota de mercado anual "CONFIDENCIAL POR LEY", como se muestra en el cuadro 4 del DP, y que Telefónica ha logrado como "CONFIDENCIAL POR LEY" de dicha cuota de mercado.

- Al respecto, a Telcel le parece que la cuota de mercado que logra Telefónica es "sustantivo" y "demostración" de que existe "competencia efectiva", es decir, haber alcanzado una participación de "CONFIDENCIAL POR LEY" del mercado. Esta conclusión a la que hace referencia Telcel no tiene sentido alguno, cuando se contrasta con las cifras de participación de mercado anual "CONFIDENCIAL POR LEY" que ha mantenido Telcel a nivel de suscriptores durante el período 2002 a 2007, hecho que de ningún modo pudiera considerarse como un indicio de competencia en un mercado.
- El concepto de tarifa implícita efectivamente pagada por minuto es calculado dividiendo el ingreso mensual promedio por suscriptor (IMPS) entre los minutos de tiempo aire promedio por suscriptor (MTAPS). La tarifa en mención se estimó para todas las empresas que participan en el mercado relevante con la misma metodología, y en el caso de Telcel a partir de los reportes anuales de América Móvil, como claramente se indica en la Tabla 5, numeral 121 del Dictamen. Las tarifas implícitas de cada empresa del mercado relevante sirven para establecer una comparación entre ellas y para observar su tendencia, hechos que Telcel no cuestiona.
- Telcel no argumenta por qué debería de realizar un "estudio de tarifas (...) entrantes (...) salientes (...) y razones económicas", más aún, disponiendo la propia empresa de la información a la que se refiere no realiza ejercicio alguno tendiente a demostrar alguna inconsistencia del Dictamen a nivel de tarifas, sólo se limita a mencionar la necesidad de dicho estudio, sin indicar específicamente qué variable o afirmación analizada en el Dictamen intenta cuestionar.
- Por otro lado, en relación a que no se motiva o demuestra la existencia de "redes asimétricas", Telcel ignora lo analizado en la sección V.1, participación de mercado, y V.2.4, cobertura, de las cuales se concluye que Telcel tiene una participación de mercado "CONFIDENCIAL POR LEY" y es el operador con mayor cobertura a nivel nacional, por lo que sus competidores no tienen el mismo número de suscriptores ni la misma capacidad de servicio que Telcel. En este sentido, la relación de Telcel con cualquiera de sus competidores, resulta en una relación que no es entre iguales, por lo que deviene en una relación asimétrica.
- También alega que por el solo hecho de no haber sido el primero en introducir la diferenciación de tarifas *on-net* y *off-net*, ya es razón para asumir que "hay una

verdadera competencia”, ignorando cada uno de los aspectos desarrollados a lo largo de los numerales 87 al 225 del Dictamen.

- Telcel no aportó elementos de convicción que permitan sustentar su dicho de que en México el tráfico de interconexión es balanceado entre operadores. No obstante, asumiendo sin conceder que su premisa es correcta, y que el operador de menor tamaño adopta la elevada tarifa *off-net* del operador con la red más grande, esto no elimina las ventajas que dicho operador tiene con respecto a sus competidores. Lo anterior es así, debido a que la ventaja que obtiene el operador con la red de usuarios más grande al aumentar la tarifa *off-net*, no son los ingresos adquiridos por el volumen de tráfico de interconexión, sino el hecho de hacer más atractiva su red a los usuarios de telefonía móvil, ya que al poseer la red más grande de usuarios, y tener una tarifa *on-net* relativamente menor que su tarifa *off-net*, la capacidad de adquirir más usuarios será mucho mayor que la de sus competidores, ya que esta red será mucho más atractiva para los usuarios del servicio debido a los costos. De esta manera, en la medida en que la brecha entre las tarifas *off-net* y *on-net* se vaya disminuyendo, la ventaja del operador con la red más grande será cada vez menor, promoviendo más la competencia en el mercado relevante.
- Con base en los datos de Telcel, no se puede afirmar que los ingresos entrantes por las llamadas *on-net* sean iguales que los ingresos generados por las llamadas *off-net*. Se puede concluir que las tarifas de las llamadas *off-net* no están basadas en costos y sí constituyen una manera de persuadir a los usuarios que usan el servicio de telefonía móvil, a unirse a la red más grande.
- El análisis de barreras a la entrada debe partir de un potencial entrante al mercado relevante, no de un operador ya establecido.
- Adicionalmente, se señala que el Dictamen cumple con lo establecido en artículo 13 fracción II de la LFCE y con el artículo 12 fracciones de I a VI del RLFCE, al analizar las barreras a la entrada, y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores. Por otra parte, las causas de la existencia de las barreras a la entrada no son relevantes para los fines del análisis económico realizado en el Dictamen, ya que lo importante es el grado de dificultad para ingresar al mercado relevante. Por otro lado, la CFC no sostiene que el agente económico con poder sustancial sea responsable de la existencia de barreras a la entrada.
- Telcel no aporta información alguna a fin de que pueda contrastar con la información reportada en el Gráfico No. 3 del Dictamen, y en la cual se desprende que no existe una diferencia significativa en la calidad de servicios a favor de ninguno de los operadores del mercado relevante, para el caso de las ciudades de Guadalajara, Puebla y Distrito Federal. En este sentido, son meras afirmaciones, sin sustento.

- Telcel, finalmente, señaló que de la “*simple lectura*” del apartado V del Dictamen “*se desprende que en innumerables ocasiones*” se parte de supuestos no demostrados, indicios oscuros, situaciones hipotéticas, presunciones, conjeturas, manifestaciones de otros concesionarios carentes de demostración o comparación, que resultan insuficientes para sostener poder sustancial, por lo que “*el supuesto poder sustancial en el mercado relevante que se imputa a Telcel ha sido indebidamente determinado*”. Las aseveraciones de Telcel son infundadas y se basan en afirmaciones falsas o erróneas acerca del Dictamen, como ha quedado demostrado a lo largo del análisis llevado a cabo a lo largo de ésta sección (VII.2), cuestiones que se tuvieron por transcritas en obvio de repeticiones innecesarias.

III..14. Décimo cuarto concepto de agravio: Falta de causa impulsiva o finalidad al bien común²⁵³

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

- III..14. 1. No hay consideración o análisis tendiente al bien común que justifique la tramitación y resolución de este Expediente, que por lo tanto debe quedar insubsistente.

El procedimiento DC-08-2007 y la Resolución Definitiva adolecen, pues, de falta de congruencia, de estudio, análisis y definición de las razones que hagan necesaria una regulación adicional en términos del artículo 63 de la LFT, lo que de paso viola lo dispuesto en el artículo 55, fracción I, inciso d) del RLFCE.

Ante la ausencia de una finalidad o causa impulsiva concreta de interés público que lo sustente, este Expediente es innecesario, inútil e improcedente y, por ello, la Resolución Definitiva es ilegal y debe ser revocada, a la par que causa agravio a Telcel no sólo por desestimar sus argumentos de defensa sino porque se pretende declararle con poder sustancial en un mercado relevante para regularle específicamente sin que existiera una razón válida para ello.

Sus argumentos son inoperantes por reiterativos, debido a que el Recurrente simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su Escrito de Manifestaciones²⁵⁴ y no atiene ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos. En específico, dichos argumentos ya fueron analizados por la Comisión en el apartado “*C. Bien Común y Conclusiones*”²⁵⁵ de la Resolución Definitiva y que en resumen se señaló lo siguiente:

- La finalidad del procedimiento es únicamente determinar la existencia de condiciones de poder sustancial en el mercado relevante, ello conforme a los lineamientos que al efecto establece la legislación en materia de competencia

²⁵³ Páginas 311 a 314 del Escrito del Recurso.

²⁵⁴ Páginas 153 y 153 del Escrito de Manifestaciones.

²⁵⁵ Páginas 140 y 141 de la Resolución Definitiva.

económica. Lo anterior, es una situación vinculada con la facultad que la autoridad competente detenta conforme al artículo 63 de la LFT, esto es, el establecimiento de obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad en el servicio e información, al agente económico con poder sustancial en el mercado relevante.

- Por lo demás, las situaciones señaladas por Telcel que fueron omisas en el análisis, en el sentido de que esta autoridad no determinó el “*efecto favorable*”, “*beneficio o interés general en concreto*”, derivado de la determinación de existencia de condiciones de poder sustancial, son cuestiones que únicamente le competen a la autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones, y que deberá realizar en el análisis correspondiente, siendo que tales situaciones (el establecimiento de regulación) son ajenas a la materia de competencia económica, desde el punto de vista de que la presente autoridad únicamente tiene facultades para determinar poder sustancial en un mercado relevante.
- La Comisión reconoce que el mercado relevante corresponde a un servicio final y que las mejores prácticas internacionales en materia de competencia económica y regulación recomiendan que se evalúe la eficiencia relativa de imponer regulación al servicio final en comparación con establecer dicha regulación sobre los insumos y elementos que, en su caso, pudieran ser la causa de que un agente económico goce de poder sustancial en el servicio final. Esto es así debido que la regulación puede ser más efectiva cuando se ataca el origen del problema. Lo anterior implica que la variable a regular no sea necesariamente el precio del servicio final, sino aquellas variables asociadas a insumos críticos y a mejorar el acceso al mercado.

Por otra parte, no obstante la transcripción que realizó Telcel de sus manifestaciones al Dictamen en el Escrito del Recurso, lo cual ha quedado evidenciado en párrafos anteriores, esta autoridad se percata que, en este apartado del Escrito del Recurso, Telcel únicamente agregó lo siguiente:

III..14. 2. La Resolución Definitiva es ilegal pues carece de la expresión y demostración de una causa impulsiva o final que pudiera sustentar cualquier intento de declaratoria de poder sustancial para efectos de la posterior emisión de obligaciones específicas.

Que reconociendo la ilegalidad de su actuar, la Comisión sostiene en la resolución que se combate que “*la finalidad del presente procedimiento es únicamente determinar la existencia de condiciones de poder sustancial en el mercado relevante*” como si ello pudiese consistir un fin en sí mismo, lo que es absurdo y contrario con los supuestos fines de interés general y orden público que la propia Comisión había imputado a su actuar.

La Comisión pretende que las finalidades que sustentaren la tramitación del expediente “*son cuestiones que únicamente competen a la autoridad reguladora... ajenas a la materia de competencia*”, lo que no sólo atenta contra el carácter de

autoridad de la Comisión y la necesidad de su mera existencia, sino contra los principios de la actividad administrativa que establece la CPEUM. Por lo demás, si ello es cierto, entonces no se entiende cómo es que la misma Comisión ha desestimado la incompetencia *ad hoc* que se planteó en el procedimiento, así como la conclusión evidente de que sólo la Cofetel podría solicitar las declaratorias de poder sustancial en el mercado relevante en términos del artículo 63 de la LFT.

Sus argumentos son infundados. Como se ha precisado anteriormente, la razón del procedimiento de origen es investigar y analizar cuáles son las condiciones de un determinado mercado y, con las conclusiones derivadas de dicho análisis, allegar al órgano regulador de la información sobre dichas condiciones, las cuales, en caso de ser la existencia de un agente dominante, constituirán el presupuesto indispensable para que dicho órgano tome las medidas pertinentes. En dicha tesitura, este procedimiento no carece de una causa final.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que la declaratoria de poder sustancial constituye el presupuesto indispensable para que los reguladores sectoriales consideren la imposición o no de medidas específicas, en nada modifica el sentido de la Resolución Definitiva, toda vez que el procedimiento de origen constituye un elemento de seguridad jurídica a favor de los posibles agentes a regular, ya que se determina que previo a la imposición de medidas, se realice una investigación y análisis que sustente las decisiones de la autoridad competente.

Conforme a la SCJN “(...) *la resolución a través de la cual la Comisión Federal de Competencia declara que un agente económico, concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, tiene poder sustancial en el mercado relevante, en principio, si bien se limita a evidenciar una situación jurídica determinada, sin que su determinación requiera ejecución material, constituye el presupuesto legal indispensable para que la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, en uso de las atribuciones que les confieren los artículos 9-A, fracción XI, y 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, procedan a determinar si imponen o no al agente económico con poder sustancial en el mercado relevante obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información (...)*” pues “(...) por virtud de la declaratoria de que se trata, nace una nueva situación jurídica, en tanto que de ella derivan automáticamente obligaciones que pueden ser exigibles posteriormente (...)”²⁵⁶ De ahí que este procedimiento sí tenga una finalidad específica.

Sin perjuicio de lo anterior, se señala que la única finalidad del procedimiento fue realizar una investigación y análisis de las condiciones que guarda el mercado, sin pretender beneficiar en forma parcial a algún (os) sujeto (s) en particular.

III..15. Décimo quinto concepto de agravio: Falta de vigencia y congruencia con la realidad actual²⁵⁷

²⁵⁶ Sentencia emitida por la Segunda Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de tesis 290/2011.

²⁵⁷ Páginas 314 a 318 del Escrito del Recurso.

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..15.1. La Resolución viola los artículos 1º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 77, 79, 80, 197, 218, 222, 348, 349 y 350 del CFPC, pues se dictó sin que esa autoridad se basara en la situación actual del sector de las telecomunicaciones en que Telcel participa.

Se declaró que tiene poder substancial en un mercado, sin que ello sea congruente con la realidad vigente ni se acredite en el expediente respecto a la situación actual y en presente, al momento en que fue emitida tal determinación (enero de 2010).

Lo único que obra en el expediente y que fue estudiado por la Comisión se remite al año 2007, por lo que del procedimiento sólo podría concluirse que -según la Comisión - Telcel tuvo poder substancial en el mercado relevante en el año 2007. Así lo reconoce la Comisión en páginas 131 y 179 de la Resolución Definitiva.

El hecho de que el expediente DC-08-2007 se base en información que data de hace más de tres años, hace que dicha resolución carezca de necesidad, actualidad, validez y eficacia, y menos aún puede sustentar la aplicación de obligación específica alguna que altere la realidad y la situación creada en 2010. El artículo 63 de la LFT establece que las obligaciones específicas podrán establecerse al concesionario que "tenga" poder substancial en el mercado relevante. Es decir, exige vigencia actual por necesidad.

La resolución es ilegal e infundada, pues indebidamente, el Pleno de la Comisión dictó un resolutivo que no toma en cuenta la situación actual del sector de las telecomunicaciones en que Telcel participa, lo que implica que se ha declarado que tiene poder substancial en el mercado relevante, sin que ello sea congruente con la realidad vigente ni esté sustentada en el expediente.

El argumento es inoperante por no combatir la materia de la Resolución Definitiva.

Contrario a lo señalado por el Recurrente, la Resolución Definitiva se encuentra apegada a derecho, ya que de resolver fuera de un periodo de tiempo determinado, bastaría que Telcel dilatara voluntariamente el procedimiento a través de interminables actuaciones para que con el paso del tiempo se hicieran nugatorias las facultades de la autoridad, argumentando que el transcurso del tiempo hace obsoleta la resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso que se presentara una modificación sustancial de las circunstancias que motivaron el sentido de la Resolución Definitiva, el órgano regulador estaría en posibilidad de determinar expresa o implícitamente dejar de tomar cómo válido el análisis hecho por la Comisión.

III..16. Décimo Sexto concepto de agravio: Indebida resolución de las cuestiones de previo y especial pronunciamiento y de suspensión del procedimiento²⁵⁸

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado no se pronunció en la Ejecutoria, por lo tanto, el análisis efectuado en la Resolución 2013, se deja intocado.

III..16.1. La Resolución Definitiva es ilegal porque la CFC resolvió indebidamente las cuestiones de previo y especial pronunciamiento y suspensión del procedimiento que fueron formuladas por Telcel en su escrito de manifestaciones de once de diciembre de dos mil siete (sic)

Dichas cuestiones debían ser resueltas previamente a la emisión de la Resolución Definitiva.

Su argumento es inoperante por abundar en sus manifestaciones. En obvio de repeticiones innecesarias se remite a lo resuelto en el apartado “III..1.14. Acuerdos de veintiocho de abril y dieciocho de mayo de dos mil nueve (negativa de cierre del expediente)” de esta resolución.

II..16.2. En las páginas 13 a 23 de la Resolución Definitiva, la Comisión atiende estas cuestiones pero de forma indebida:

i) Nada se dice de las constancias del expediente DE-037-2006 y acumulados a las que Telcel se remitió;

ii) La Comisión apreció de forma incorrecta la materia de los tres juicios tramitados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Sus argumentos son infundados. Contrario al señalamiento del Recurrente en el inciso i), la Comisión sí se pronunció sobre las constancias del expediente DE-037-2006 y acumulados a las que Telcel había hecho referencia en su Escrito de Manifestaciones.²⁵⁹ En dicho escrito, Telcel señaló que “*la necesidad del cierre del expediente se reitera y fortalece (...) en relación con la materia del procedimiento de investigación radicado bajo el expediente DE-37-2006. (...) El cierre del expediente se impone, por igualdad de razón, en función del procedimiento DE-37-2006. (...)*”

En virtud de lo anterior, dentro del análisis del apartado “III.1 Cuestiones de Previo y Especial Pronunciamiento; subtítulo III.1.1. Cierre del Expediente”, en la página 15 de la Resolución Definitiva expresamente se señaló:

“(...) Además, es incorrecta la manifestación de TELCEL en el sentido de que la situación de que se haya ordenado integrar al expediente DC-07-2007 copia certificada del documento identificado como Anexo 2, acompañado al escrito de solicitud de inicio del presente procedimiento, es un reconocimiento de que

²⁵⁸ Páginas 319 a 322 del Escrito del Recurso.

²⁵⁹ Página 12, segundo párrafo, del Escrito de Manifestaciones.

"cuando menos en parte" dichos asuntos se refieren a los mismos hechos y condiciones. Lo anterior es incorrecto, puesto que la determinación de integrar tales constancias en un diverso asunto únicamente demuestra que la información contenida en dicho documento tiene relación con ambos procedimientos y, en tal virtud, su contenido abona al asunto que se ventila en el diverso expediente DC-07-2007, como fue señalado en el acuerdo de treinta de noviembre de dos mil siete que ordenó la multicitada integración. Tal situación es diametralmente distinta a que los procedimientos ventilados en ambos expedientes se refieran a los mismos hechos y condiciones en el mercado, como menciona la manifestante, puesto que como se citó en párrafos precedentes, los mismos se refieren a mercados relevantes distintos.

Igual consideración merece la manifestación realizada en similares términos por Telcel, pero respecto del procedimiento radicado en el expediente DE-37-2006, en el cual se ordenó la incorporación de copia certificada del citado Anexo 2. Dicho expediente se refiere a una investigación de prácticas monopólicas relativas, cuestión que, inclusive, ni siquiera se refiere a un procedimiento relativo a la determinación de poder sustancial en un mercado relevante, como lo es la materia del presente asunto. (...)"

Asimismo, el argumento plasmado en el inciso ii) es **inoperante por manifestaciones genéricas**, pues el Recurrente se limita a señalar que la apreciación sobre la materia de esos juicios es incorrecta sin esgrimir cómo es que efectivamente la materia que al efecto se resuelva de esos juicios invariablemente modificaría el sentido de la Resolución Definitiva.

Además, cabe señalar que fue precisamente Telcel quien, en su Escrito de Manifestaciones, indicó:

"(...) Tales planes tarifarios y las resoluciones emitidas por la Cofetel sobre este tema constituyen la materia de procedimientos administrativos y/o juicios de nulidad que fueron promovidos y admitidos con anterioridad al inicio de este expediente (...) Esos procedimientos contenciosos administrativos o juicios de nulidad (...) se refieren a la validez, eficacia y conveniente de los temas referidos, concretamente a temas relacionados con las modalidades de prepago y de postpago, y con el registro y argumentación respecto de planes tarifarios que incluyen tarifas on-net y off-net (...)"²⁶⁰

Derivado de ello, en las páginas 20 y 21 de la Resolución Definitiva, esa autoridad determinó:

"(...) Respecto de tales procedimientos, la manifestante señaló en su escrito de manifestaciones al dictamen preliminar emitido en el presente expediente, que los mismos se refieren a la validez, eficacia y conveniencia de temas relacionados con las modalidades de prepago y postpago, registro y argumentación de planes tarifarios que incluyen tarifas por llamadas "on-net" y "off-net", y que la resolución que se emita dentro de dichos procedimientos, de acuerdo a dicha manifestante,

²⁶⁰ Páginas 15 y 16 del Escrito de Manifestaciones.

sería en el sentido de determinar: i) que las llamadas "on-net" y "off-net" y los planes que las incluyen son convenientes y congruentes; ii) que las disposiciones que las restringieron son inconstitucionales; iii) o que deben desestimarse cuestiones que tendrían necesariamente un impacto en el presente procedimiento."

Sin embargo, la Comisión determinó que la pretensión de suspensión del procedimiento por parte de Telcel era errónea, toda vez que el alcance de las resoluciones que eventualmente se emitan en esos procedimientos -no obstante traten temas relacionados como telecomunicaciones- jamás será la determinación de existencia de condiciones de poder sustancial en un mercado relevante, toda vez que la CFC es la única facultada para resolver tal situación; cuestión que prevalece sin que el Recurrente ofrezca razonamiento lógico jurídico que la desvirtúe.

Sin perjuicio de lo anterior, se remite a las consideraciones realizadas por la Cofeco en los apartados "III.1. Cuestiones de Previo y Especial pronunciamiento" y "VIII. Pruebas Documentales"²⁶¹ de la Resolución Definitiva y "1.2.20.1 Indebida valoración de la prueba instrumental", consistente en copia certificada de lo actuado en los expedientes 33158/04-17-09-6, 10883/08-17-09-1 y 8479/08-17-05-9 (numeral 22 del escrito de manifestaciones y ofrecimiento de pruebas)." de esta resolución.

Cuarto. Análisis de las pruebas supervenientes

Para sustentar sus diversas manifestaciones, Telcel presentó diversas pruebas documentales, de las cuales se procede a realizar la valoración correspondiente a continuación:

Por su estrecha relación y finalidad para la cual fueron ofrecidas, las siguientes pruebas se analizan en conjunto:

1. **Documental Pública:**²⁶² Copia certificada del oficio de probable responsabilidad de dieciocho de septiembre de dos mil nueve, con fe de erratas del dieciséis de octubre de dos mil nueve, mediante la cual el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC determinaron que Telcel es "*probable responsable de la realización de una práctica monopólica relativa en términos de la fracción XI del artículo 10 de la LFCE en el mercado relevante de servicios de terminación conmutados prestados en sus redes públicas de telecomunicaciones móviles a terceros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones solicitantes*" emitido en el expediente DE-037-2006 y acumulados.

El Recurrente relacionó esta prueba con los agravios primero, segundo, tercero y décimo sexto de su Escrito del Recurso y pretende acreditar la procedencia del cierre

²⁶¹ Páginas 19 a 23 y 142 a 144 de la Resolución Definitiva, respectivamente.

²⁶² Dicha prueba fue admitida mediante acuerdo de catorce de diciembre de dos mil doce emitido en este expediente.

del procedimiento toda vez que la materia del mismo ya fue abordada en ese expediente.

2. **Instrumental:** copia de la Resolución emitida por el Pleno de la CFC en el expediente RA-007-2011²⁶³ de fecha treinta de abril de dos mil doce, derivado del procedimiento DE-037-2006 y acumulados.²⁶⁴

El Recurrente relacionó esta prueba con los agravios primero, segundo, tercero y décimo sexto de su Escrito del Recurso así como las referencias que se contengan respecto del procedimiento DE-037-2006 y acumulados; y pretende acreditar la procedencia del cierre del procedimiento toda vez que la materia del mismo ya fue abordada en ese expediente.

A dichas pruebas se les otorga el valor que contemplan los artículos 79, 93, fracción II, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por tratarse de documentales públicas. Lo anterior conforme a lo establecido por el artículo 34 bis de la LFCE, el cual dispone la aplicación supletoria del CFPC a la LFCE y su RLFCE.

Dado que la primera de ellas se presentó constancia en copia certificada y no obstante la segunda en copia simple, ésta última fue invocada como hecho notorio conforme al artículo 88 del CFPC²⁶⁵ por haber sido substanciada por la misma

²⁶³ Actualmente E-IFT/UC/RR/0003/2013, del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones.

²⁶⁴ Dicha prueba fue admitida mediante acuerdo de dieciséis de enero de dos mil trece emitido en este expediente.

²⁶⁵ Sirve de sustento a lo anterior los siguientes criterios judiciales: (i) **"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LAS EJECUTORIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES DE CIRCUITO O LOS JUECES DE DISTRITO.** Por hechos notorios para un tribunal, deben entenderse aquellos que conozcan por razón de su actividad jurisdiccional. En ese sentido, de conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo, los Magistrados de Tribunal de Circuito y los Jueces de Distrito pueden válidamente invocar de oficio, como un hecho notorio, las ejecutorias que se hayan emitido anteriormente, a fin de poder resolver un asunto en específico, sin que se haya ofrecido ni alegado por las partes, ya que esa es una facultad que la propia ley les confiere y que desde luego es de su conocimiento." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Marzo de 2002; Pág. 1199. VI.1o.P. J/25. Registro: 187,526. (ii) **"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYE PARA UN JUEZ DE DISTRITO LOS DIVERSOS ASUNTOS QUE ANTE EL SE TRAMITAN.** La anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 265, visible en las páginas 178 y 179 del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, del rubro: "HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYE PARA UNA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION UNA EJECUTORIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL PLENO.", sostuvo criterio en el sentido de que la emisión de una ejecutoria pronunciada con anterioridad por el Pleno o por la propia Sala, constituye para los Ministros que intervinieron en su votación y discusión un hecho notorio, el cual puede introducirse como elemento de prueba en otro juicio, sin necesidad de que se ofrezca como tal o lo aleguen las partes. Partiendo de lo anterior, es evidente que para un Juez de Distrito, un hecho notorio lo constituyen los diversos asuntos que ante él se tramitan y, por lo tanto, cuando en un cuaderno incidental exista copia fotostática de un diverso documento cuyo original obra en el principal, el Juez Federal, al resolver sobre la medida cautelar y a efecto de evitar que al peticionario de amparo se le causen daños y perjuicios de difícil reparación, puede tener a la vista aquel juicio y constatar la existencia del original de dicho documento." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Enero de 1997; Pág. 295. XXII. J/12, Registro: 199,531. (iii) **"HECHO NOTORIO. SI ESTÁN LISTADOS EN LA MISMA SESIÓN DOS O MÁS ASUNTOS RELACIONADOS, LO CONSTITUYE PARA LOS MAGISTRADOS DE UN**

autoridad y no hay en el expediente prueba en contrario,²⁶⁶ se les otorga a dichas documentales pleno valor probatorio conforme a las disposiciones señaladas.

No obstante lo anterior, estas documentales públicas sólo demuestran la existencia de dichas constancias cuyos procedimientos fueron tramitados ante la Comisión y no tienen el alcance pretendido por el Recurrente en virtud de las siguientes consideraciones:

El procedimiento tramitado en el expediente DE-037-2006 y acumulados se llevó a cabo conforme los artículos 30 y 33 de la LFCE al haber sido iniciado por una denuncia por prácticas monopólicas relativas en contra de Telcel.²⁶⁷ Una vez finalizado el periodo de investigación, el día dieciocho de septiembre de dos mil nueve se ordenó emplazar a Telcel como probable responsable de la realización de una práctica monopólica relativa en términos del artículo 10, fracción IX, de la LFCE, en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en sus redes públicas de telecomunicaciones móviles a terceros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones solicitantes. (Énfasis añadido)

COLEGIADO EL RESULTADO DE UNO SI ÉSTE INCIDE EN LA MATERIA DE LOS DEMÁS. En términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, los Magistrados que integran órganos colegiados pueden válidamente invocar, de oficio, como hechos notorios, las circunstancias de las cuales tengan conocimiento por razón de su actividad jurisdiccional; por ende, si están listados para la misma sesión dos o más asuntos relacionados y, de acuerdo al orden establecido para el estudio de los mismos, resuelven uno que, dado su resultado, incide en la materia de los subsecuentes que se relacionen con éste, aun cuando dicha resolución no esté engrosada en el toca respectivo, por ser precisamente los Magistrados quienes intervinieron en su discusión y votación, en uso de la facultad potestativa que les otorga la ley para dirimir una contienda judicial, es legal que lo invoquen como medio probatorio para fundar lo determinado en los posteriores que guarden estrecha relación con los mismos." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Marzo de 2003; Pág. 1531. VII.3o.C. J/3, Registro: 184,647.

²⁶⁶ Apoya lo anterior el siguiente criterio judicial: "**PRUEBA DOCUMENTAL. OFRECIDA EN FOTOCOPIA ES INNECESARIO EL COTEJO CUANDO SE IMPUGNA EL ALCANCE PROBATORIO.** La compulsión sólo es necesaria en los casos en que se impugne la autenticidad de un documento o su contenido, firma o huella digital, por lo que si la autoridad responsable negó valor a una prueba documental bajo el argumento de que por tratarse de una copia al carbón, para el efecto de su perfeccionamiento el oferente debió de haber ofrecido el cotejo o compulsión con su original, por ser objetada en cuanto a su valor probatorio, es claro que actuó contrario a derecho, puesto que aun cuando el documento allegado sea una copia simple, esa circunstancia no le resta valor alguno en probar los hechos que en el mismo se consignan, pues en primer lugar contiene la firma autógrafa del funcionario que la practicó, y en segundo término el artículo 812 de la ley laboral dispone que cuando los documentos públicos contengan declaraciones o manifestaciones hechas por particulares, sólo prueban que las mismas fueron hechas ante la autoridad que expidió el documento y que las declaraciones y manifestaciones de que se trata, prueban contra quienes las hicieron o expidieron el acto en que fueron hechas y se manifestaron conformes con ellas." Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo X, Noviembre de 1992; Pág. 293. IV.3o.105 L, Registro: 217,981.

²⁶⁷ Sin perjuicio de lo anterior, posteriormente se acumularon las denuncias admitidas en los expedientes DE-040-2006 y DE-038-2007 para su trámite en un solo procedimiento por tratarse de hechos coincidentes, motivo por el cual se denomina DE-037-2006 y acumulados.

Posteriormente, el siete de abril de dos mil once la Comisión emitió resolución²⁶⁸ mediante la cual se acreditó la comisión de la práctica monopólica relativa referida por parte de Telcel, se ordenó la supresión de la misma con fundamento en el artículo 35, fracción I, de la LFCE, se le impuso una multa con fundamento en el artículo 35, párrafos segundo y tercero y 36 de la LFCE, y se ordenó presentar un esquema de cumplimiento para la corrección o supresión de la práctica monopólica imputada.

Derivado de lo anterior, en términos del artículo 39 de la LFCE, Telcel interpuso recurso de reconsideración en contra de la resolución referida en el párrafo anterior; cuya resolución fue emitida el treinta de abril de dos mil doce en la que el Pleno de la CFC admitió los compromisos propuestos por Telcel en términos del artículo 34 bis 2 de la LFCE.²⁶⁹

Si bien es cierto que en la resolución correspondiente al expediente RA-007-2011 se ordenó revocar la diversa emitida en el expediente DE-037-2006 y acumulados, en virtud de los cinco compromisos que ofreció Telcel para dejar sin efectos la práctica sancionada en un primer momento; ello no podría tener el alcance que pretende Telcel, toda vez que, se trata de procedimientos cuya naturaleza, fundamentos y contenido son distintos.

El Recurrente pretende que se homologue la materia del Expediente a aquélla del procedimiento RA-007-2011 (derivada de DE-037-2006 y acumulados, cuya resolución fue revocada), lo cual es imposible.

²⁶⁸ "(...) **PRIMERO.-** Se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa, prevista en el artículo 10º, fracción XI, de la LFCE, por parte de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. - - - **SEGUNDO.-** Con fundamento en el artículo 35, fracción I, de la LFCE se ordena la supresión de la práctica monopólica relativa por parte de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. - - - **TERCERO.-** Con fundamento en los artículos 35, párrafos segundo y tercero, y 36 de la LFCE se impone una multa a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 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 MN). - - - **CUARTO.-** Con fundamento en los artículos 2 y 10 de la LFCE, se ordena a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 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 aquel en que surta efectos la notificación de la presente resolución. (...)"

²⁶⁹ "(...) **Primero.-** Se deja sin efectos la suspensión decretada mediante acuerdo de veinte de marzo de dos mil doce, misma que fue prorrogada por quince días hábiles mediante acuerdo emitido por el Pleno el doce de abril de dos mil doce. - - **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.(...)"

En primer término, el procedimiento llevado a cabo en el expediente DE-037-2006 y acumulados correspondió a una **investigación por prácticas monopólicas relativas** en términos de los artículos 10, fracción XI, y 33 de la LFCE, cuya finalidad era determinar la existencia o no de la práctica, en cuyo caso, habría de imponerse una sanción por haberse violado la LFCE en términos del artículo 10.

En segundo lugar, el procedimiento llevado a cabo en el Expediente correspondió a la emisión de una declaratoria de poder sustancial iniciada a solicitud de parte afectada en términos del artículo 33 bis de la LFCE, cuya finalidad era determinar la existencia o no de poder sustancial por parte de un agente económico en un mercado relevante determinado, sin necesidad de imponer sanción alguna, pues sólo se trata de un acto declarativo.

Para fortalecer lo anterior, si bien es cierto que en ambos procedimientos debe determinarse un mercado relevante (artículo 12 de la LFCE) y el poder sustancial de un agente económico (artículo 13 de la LFCE), ello no significa que la materia y finalidad de ambos pueda ser tratada de la misma manera.

Aunado a lo anterior, si pretendiera homologarse la materia de los procedimientos, aun así no sería factible, toda vez que los mercados relevantes determinados en ellos, también son distintos.

Por una parte, aquél determinado en el procedimiento DE-037-2006 y acumulados corresponde al **mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en sus redes públicas de telecomunicaciones móviles a terceros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones solicitantes**. Asimismo, el mercado relevante determinado en el Expediente es el **mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional**.

De lo anterior, es patente la diferencia entre ambos, pues el primero de ellos se refiere a **servicios que se prestan entre concesionarios** (por ende, se trata de un servicio intermedio o mayorista); y el segundo de ellos, a **servicios prestados por concesionarios a usuarios finales** (corresponde a un servicio final o minorista).

En el mismo orden de ideas, y en referencia a los compromisos de Telcel aceptados en la resolución del procedimiento RA-007-2011,²⁷⁰ el Recurrente alega que dichos compromisos dejan sin materia el Expediente.²⁷¹

No obstante, lo señalado por el Recurrente es incorrecto. Si bien es cierto que, en su cuarto compromiso, Telcel se comprometió (al amparo de su libertad tarifaria conforme a la LFT) a tener y mantener como parte de su oferta comercial planes de contratación y/o promociones a sus usuarios que contemplen el uso de minutos utilizables incluidos en llamadas *off-net* y *on-net*, ello de manera alguna puede significar que abarca la materia del Expediente.

Como se ha explicado, los procedimientos se refieren a mercados relevantes distintos y aunque coincidan en temas de telecomunicaciones o se utilicen conceptos comunes como tarifas a usuario final, es incorrecto aseverar que pudieran referirse a la misma materia de investigación y, por ende, a los mismos hechos y condiciones de un mercado relevante.

Además, si la finalidad del Expediente es verificar las condiciones de competencia para determinar si un agente económico tiene poder sustancial y de ser así, permitir

²⁷⁰ En el procedimiento RA-007-2007, Telcel ofreció los siguientes compromisos:

*"(...) **Primer compromiso** - - - Telcel: se compromete a hacer extensivas las siguientes tarifas de terminación móvil hasta el 31 de diciembre del 2014 a todos los concesionarios del servicio local fijo y/o móvil, así como del servicio de larga distancia del país, de manera no discriminatoria, simétrica y recíproca.(...)*

***Segundo compromiso** - - - Telcel: se compromete a mantener vigente una oferta de referencia para la prestación de servicios de terminación de llamadas en su red móvil, incluyendo los términos y condiciones para llevar a cabo la interconexión, así como las tarifas de interconexión móvil correspondientes. Dicha "Oferta Pública de Interconexión" fue presentada como anexo número 3 a su primer escrito de compromisos, la cual, se anexa a esta Resolución como **Anexo uno**. - - - La oferta de referencia se materializará mediante la modificación de la Oferta Pública de Interconexión publicada el cuatro de febrero de dos mil once en el DOF y disponible en el sitio de internet de Telcel. La Oferta Pública se ajustará de tiempo en tiempo para reflejar los términos actualizados de las condiciones de interconexión ofrecidas por Telcel para su red. (...)*

***Tercer compromiso** - - - Telcel llevará a cabo las acciones legales a su alcance que sean necesarias para dejar sin materia los procesos legales existentes de los que sea parte, relacionados con las resoluciones emitidas por la Cofetel en los diversos desacuerdos de interconexión relacionados con la determinación de la tarifa de interconexión móvil correspondiente al año dos mil once, con todos los concesionarios con los que Telcel alcance los acuerdos de interconexión respectivos, basados en la Oferta Pública de Interconexión. (...)*

***Cuarto compromiso** - - - Telcel se compromete (al amparo del principio de libertad tarifaria contenido en la LFT) a tener y mantener como parte de su oferta comercial hacia sus usuarios, planes de contratación y/o promociones en los cuales se contemple, entre otros, que algunos minutos incluidos son utilizables tanto en llamadas destinadas a la red de Telcel como a la red de cualquier otro concesionario fijo y/o móvil. (...)*

***Quinto compromiso** - - - Telcel: se compromete a proporcionar a la Comisión, previo requerimiento, la información y documentación específica para la verificación del cumplimiento de los compromisos presentados por Telcel en el presente procedimiento al amparo del artículo 33 bis 2 de la LFCE y demás disposiciones aplicables, incluyendo información específica relativa a las características de los planes comerciales o modalidades de pago al usuario final representativos tanto de prepago como de pospago, su intensidad de uso e información específica respecto a su comercialización. (...)"*

²⁷¹ Mismos que fueron resueltos por este Instituto, mediante acuerdo número P/IFT/030615/149.

que la autoridad reguladora competente determine si existe necesidad o no de imponer obligaciones específicas conforme al artículo 63 de la LFT, no existe nexo entre los compromisos de Telcel en el procedimiento RA-007-2011 y el Expediente, de manera tal que pudiera justificarse el cierre de éste último. Lo anterior es así, toda vez que, contrario a las facultades de Cofetel, la Comisión no podía imponer (ni lo hizo) tarifas en materia de telecomunicaciones a algún operador.

En consecuencia, no es posible considerar, como pretende Telcel, que la resolución emitida en el expediente RA-007-2011 (que revocó la diversa del DE-037-2006 y acumulados en que se declaró con poder sustancial a Telcel en el mercado ahí definido), deje sin materia el Expediente, por tratarse precisamente, de cuestiones y mercados diferentes.

En conclusión, del análisis de estas pruebas no se acredita la necesidad de revocar o modificar la Resolución Definitiva.

3. Instrumental de actuaciones: Consistente en las actuaciones habidas en el procedimiento DC-006-2007 y el expediente RA-037-2007. Dicha prueba fue invocada como hecho notorio conforme al artículo 88 del CFPC²⁷² por haber sido substanciada por esa autoridad.

Las actuaciones existentes en el expediente DC-006-2007 constan de: **(i)** el acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil seis emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC mediante el cual, con fundamento en los artículos 33 bis de la LFCE y 54, fracción I, del RLFCE, se tuvo por no presentada la solicitud de inicio de declaratoria por parte del representante legal de diversas empresas denominadas en su conjunto Telefónica;²⁷³ **(ii)** acuerdo de diecisiete de octubre de dos mil ocho emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC, mediante el cual en cumplimiento de una ejecutoria de amparo se dejó sin efectos el acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil seis; **(iii)** acuerdo de trece de noviembre de dos mil ocho, mediante el cual de nueva cuenta se tuvo por no presentada la solicitud de inicio de

²⁷² Sirven de apoyo los criterios con el rubro: ***"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LAS EJECUTORIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES DE CIRCUITO O LOS JUECES DE DISTRITO."*** No. Registro: 187,526. Novena Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Marzo de 2002. Materia(s): Común. Tesis: VI.1o.P. J/25. Página: 1199; ***"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYE PARA UN JUEZ DE DISTRITO LOS DIVERSOS ASUNTOS QUE ANTE EL SE TRAMITAN."*** No. Registro: 199,531. Novena Época. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEGUNDO CIRCUITO. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, Enero de 1997. Materia(s): Común. Tesis: XXII. J/12. Página: 295.; ***"HECHO NOTORIO. SI ESTÁN LISTADOS EN LA MISMA SESIÓN DOS O MÁS ASUNTOS RELACIONADOS, LO CONSTITUYE PARA LOS MAGISTRADOS DE UN COLEGIADO EL RESULTADO DE UNO SI ÉSTE INCIDE EN LA MATERIA DE LOS DEMÁS."*** Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Marzo de 2003; Pág. 1531. VII.3o.C. J/3, Registro: 184,647.

²⁷³ 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. designadas conjuntamente como Telefónica, representadas por el C. Ángel Genis Diez.

declaratoria por parte del representante legal de Telefónica por no haber acreditado su afectación.

Por cuanto al expediente RA-037-2007: **i)** el acuerdo de admisión de recurso de veintiuno de diciembre de dos mil siete, emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC, y **ii)** la resolución emitida el doce de marzo de dos mil ocho, mediante la cual se revocó el acuerdo emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC en el expediente DC-08-2007 el treinta de noviembre de dos mil siete y se ordenó admitir a trámite la petición solicitud del Solicitante para iniciar el procedimiento de declaratoria en términos del artículo 33 bis de la LFCE, en virtud que éste último acreditó la necesidad para hacerlo.

El Recurrente relacionó esta prueba con los agravios primero, segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo, noveno, décimo primero, décimo cuarto y décimo sexto de su Escrito del Recurso y pretende acreditar la indebida admisión de la solicitud del inicio del Expediente, falta de legitimación activa en la causa, improcedencia de la solicitud o denuncia, falta de fundamentación o motivación de lo resuelto en el procedimiento, incongruencia sobre la disposición del procedimiento y la procedencia de que éste fuera cerrado o suspendido; en tal sentido puede modificar el sentido de la Resolución.

A dichas pruebas se les otorga el valor que contemplan los artículos 79, 93, fracción II, 129, 130, 197 y 202 del CFPC, por tratarse de documentales públicas. Lo anterior conforme a lo establecido por el artículo 34 bis de la LFCE, el cual dispone la aplicación supletoria del CFPC a la LFCE y su RLFCE.

Sin perjuicio de lo anterior, esta prueba sólo demuestra la existencia de dichos procedimientos, pero no tienen el alcance pretendido por Telcel, toda vez que de éstos únicamente se desprende que:

En el procedimiento DC-006-2007:

1. Telefónica solicitó el inicio de declaratoria de poder sustancial ante la CFC, misma que se tuvo por no presentada.
2. El representante legal que actuó en este procedimiento es distinto del Solicitante en el Expediente.

En el Expediente:

1. El Solicitante solicitó se iniciara el procedimiento de declaratoria de poder sustancial ante la CFC por su propio derecho y a título personal, misma solicitud fue desechada en un primer momento, ante lo cual el Solicitante interpuso recurso de reconsideración en contra de tal determinación.
2. El acuerdo que desechó la solicitud realizada fue emitido por el Presidente y Secretario Ejecutivo de la Comisión.

En el procedimiento RA-037-2007:

1. El recurso de reconsideración RA-037-2007 fue resuelto por el Pleno de la Comisión en uso de sus facultades. En dicha resolución únicamente determinó iniciar el procedimiento DC-08-2007, sin que ello haya significado iniciar un procedimiento en contra de Telcel, toda vez que el objeto del procedimiento a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE iniciado a instancia del Solicitante fue para "(...) *determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios locales móviles de voz, en términos de lo establecido en los artículos 33 bis de la LFCE y 63 de la LFT (...)*" y no puede ser considerado como una denuncia de un operador a otro.
2. Telcel no fue parte de dicho procedimiento.

De lo anterior, y aunado a lo resuelto en la presente Resolución, no es posible acreditar la carencia de legitimación activa en la causa por parte del Solicitante, toda vez que el mismo promovió por su propio derecho ante la Comisión; ni la improcedencia de la solicitud toda vez que la misma cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 33 bis de la LFCE y sus correlativos 54 y 55 del RLFCE; ni la incongruencia del procedimiento en virtud de que fue tramitado conforme a la normatividad aplicable y por esa autoridad con facultades para ello; ni la procedencia del cierre o suspensión del mismo.

Asimismo, en obvio de repeticiones innecesarias se tiene por insertado lo resuelto en los numerales "*III.1 Primer concepto de agravio: Violaciones procesales*"; "*III.2 Segundo concepto de agravio: Falta de congruencia, precisión y exhaustividad*"; "*III.4 Cuarto concepto de agravio: Falta de causa eficiente*"; "*III.5 Quinto concepto de agravio: Carencia de causa eficiente y causa final*"; "*III.6 Sexto concepto de agravio: Carencia de atribuciones y competencia*"; "*III.7 Séptimo concepto de agravio: Falta de legitimación pasiva en la causa (inmunidad ad hoc)*"; "*III.9 Noveno concepto de agravio: Falta de sustento*"; "*III.11 Décimo primer concepto de agravio: Falta de fundamentación y motivación de congruencia, certeza y seguridad jurídica*"; "*III.14 Décimo cuarto concepto de agravio: Falta de causa impulsiva o finalidad al bien común*" y "*III.16 Décimo Sexto concepto de agravio: Indebida resolución de las cuestiones de previo y especial pronunciamiento y de suspensión del procedimiento*" de esta resolución.

En consecuencia, se emiten los siguientes:

IV. RESOLUTIVOS

Primero. Los agravios de Telcel resultaron infundados, inoperantes o fundados pero insuficientes, y las pruebas aportadas no desvirtuaron lo resuelto por la entonces Comisión Federal de Competencia, motivo por el cual, se confirma la resolución de veintiuno de enero de dos mil diez emitida en el expediente DC-08-2007, actualmente E-IFT/UCE/DC-001-2018, en la cual se determinó declarar a Radiomóvil Dipsa, S.A. de

C.V. como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

Segundo. Notifíquese personalmente.

(FIRMAS DE LOS COMISIONADOS DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES)

La presente Resolución fue aprobada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XXV Sesión Ordinaria celebrada el 22 de agosto de 2018, por unanimidad de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar, Mario Germán Fromow Rangel, Adolfo Cuevas Teja, Javier Juárez Mojica, Arturo Robles Rovalo y Sóstenes Díaz González; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/220818/511.

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