

La leyenda “CONFIDENCIAL POR LEY” que aparece en color azul, corresponde a información clasificada como Confidencial, de conformidad con los artículos 31bis, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica; 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 113, fracción III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como los Lineamientos Trigésimo segundo y Trigésimo octavo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones pública.

Ciudad de México, a veintiséis de junio de dos mil diecisiete.- Visto el expediente número E-IFT/UCE/RR-0001-2017, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Séptimo Transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 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; 1°, 2°, 3°, 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 XXVI Sesión Ordinaria celebrada en esta misma fecha, en cumplimiento a la ejecutoria emitida el diecinueve de enero de dos mil diecisiete, en los autos del toca de amparo en revisión R.A.82/2016 del índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, 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

Acuerdo de Inicio

Acuerdo de veintitrés de noviembre de dos mil siete, dictado en el expediente DC-07-2007 del índice de la extinta Comisión Federal de Competencia, actualmente E-IFT/UCE/DC-0001-2017 del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones.

AEI

Agentes económicos que acreditaron su interés en el asunto en términos del artículo 33 bis, de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable a este procedimiento.

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.

AT&T

Agente económico conformado actualmente por las empresas AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V.; Grupo AT&T Celular, S. de R.L. de C.V.; AT&T Norte, S. de R.L. de C.V., y AT&T Desarrollo en Comunicaciones de México, S. de R.L. de C.V.

Estas empresas son las causahabientes de Iusacell PCS, S.A. de C.V.; Iusacell PCS de México, S.A. de C.V.; Portatel del Sureste, S.A. de C.V.; Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V.; Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V.; Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V.; Operadora Unefon, S.A. de C.V., y SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V., como resultado de la concentración entre AT&T, Inc. y Grupo Salinas Telecom, S.A. de C.V., aprobada mediante acuerdo número P/IFT/EXT/181214/282 emitido por el Pleno de este Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XL sesión extraordinaria de fecha dieciocho de diciembre de dos mil catorce dentro del expediente UCE/CNC-006-2014. Esta concentración se refiere en el antecedente Trigésimo de la presente resolución.

Asimismo se aclara que todas las referencias que se hagan respecto de Iusacell en la presente resolución también deberán entenderse aplicables para AT&T.

Axtel

Axtel, S.A.B. 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.

CFCE

Comisión Federal de Competencia Económica, órgano autónomo constitucional creado en virtud del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la CPEUM, en materia de telecomunicaciones", publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.

CFPC

Código Federal de Procedimientos Civiles 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 "DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones"; publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Decreto Constitucional	"DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones"; publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
DGMR	Director General de Mercados Regulados.
DGPPL	Dirección General de Procesos de Privatización y Licitación.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
DP o Dictamen Preliminar	Dictamen Preliminar, emitido el seis de junio de dos mil ocho en el expediente DC-07-2007 del índice de la extinta CFC, actualmente E-IFT/UCE/DC-0001-2017 del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Ejecutoria	Sentencia emitida en sesión de diecinueve de enero de dos mil diecisiete 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. 82/2016, recibida en la oficialía de partes del Instituto Federal de Telecomunicaciones el día veintiocho de febrero del mismo año. ³
EQLLP	Modalidades EQLLPL y EQLLPN.
EQLLPL	Modalidad "El que llama paga local" prevista en la Regla Vigésimoséptima de las Reglas del Servicio Local.
EQLLPN	Modalidad "El que llama paga nacional" prevista en la adición del capítulo IX de las Reglas del Servicio de Larga Distancia publicada en el DOF el trece de abril de dos mil seis.
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 diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.
Expediente	Las constancias que integran el expediente radicado ante este Instituto Federal de Telecomunicaciones con el número E-IFT/UCE/DC-0001-2017, anteriormente DC-07-2007 del índice de la CFC.
Expediente del Recurso	Las constancias que integran el expediente radicado ante este Instituto Federal de Telecomunicaciones con el número E-IFT/UCE/RR-0001-2017, anteriormente RA-029-2011 y acumulados del índice de la CFC.
GIE	Grupo de Interés Económico.
Instituto o IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones.

³ Mediante acuerdo de veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, ordenó dentro de los autos del juicio de amparo número 575/2010, remitir copia de la ejecutoria dictada en el amparo en revisión con número de toca R.A. 82/2016, 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.

Al respecto, debe señalarse que, a pesar de que a través de dicha diligencia se recibió la ejecutoria referida, fue hasta el día tres de marzo de dos mil diecisiete cuando el Juzgado referido remitió al Instituto Federal de Telecomunicaciones, las constancias de los expedientes DC-007-2007 y RA-029-2011 y acumulados, además de la copia certificada de la resolución dictada en el expediente RA-007-2011, constancias necesarias para dar cumplimiento a la ejecutoria de mérito, por lo que fue necesario solicitar al Juzgado a través del oficio IFT/226/UCE/DGPC/044/2017 prórroga para el cumplimiento de la ejecutoria.

Juzgado Tercero	Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, encargado de emitir la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil trece, dentro del expediente del juicio de amparo 575/2012.
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.
LFTAIPG	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el DOF el once de junio de dos mil dos.
LFTR	Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el DOF el catorce de julio de dos mil catorce.
Maxcom	Maxcom Telecomunicaciones, S.A.B. de C.V.
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.
Opcom	Operadora de Comunicaciones, S.A. de C.V.
PJF	Poder Judicial de la Federación.
Pleno	Pleno del IFT, órgano máximo de gobierno y decisión del Instituto, integrado por siete comisionados con voz y voto, incluido el Presidente.
Resolución 2012	Resolución al recurso de reconsideración dictada el catorce de marzo de dos mil doce, en el expediente RA-029-2011 y acumulados, emitida por el pleno de la CFC, misma que fue dejada insubsistente mediante acuerdo de fecha veintidós de marzo de dos mil diecisiete por el Pleno del Instituto en cumplimiento a la Ejecutoria.
Resolución Recurrída	Resolución de veintisiete de octubre de dos mil once decretada en el expediente DC-07-2007 del índice de la extinta Comisión Federal de Competencia, actualmente E-IFT/UCE/DC-0001-2017 de este IFT.
RICFC	Reglamento Interior de la CFC.
RLFCE	Reglamento de la LFCE, publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete, aplicable al presente procedimiento.
RPT	Redes Públicas de Telecomunicaciones.

RSL	Reglas del Servicio Local emitidas por la Cofetel el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete.
RSLD	Reglas del Servicio de Larga Distancia emitidas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, publicadas en el DOF el veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
Sentencia	La sentencia de fecha cinco de julio de dos mil trece, emitida por el Juzgado Tercero, dentro del expediente del juicio de amparo 575/2012.
Servicios Relevantes	Servicio mayorista de terminación de tráfico público conmutado de voz para los efectos de las modalidades EQLLP.
SL	Servicio Local.
SLD	Servicio de Larga Distancia.
SLF	Servicio Local Fijo.
SLM	Servicio Local Móvil.
STCRM	Servicios de terminación conmutada en redes móviles.
Telcel	Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.
Telefónica	Grupo de agentes económicos conformado por: Pegaso PCS, S.A. de C.V., Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V., Celular de Telefonía, S.A. de C.V., Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V., y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V.
TPC	Tráfico público conmutado.
Tribunal Especializado	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.
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 LFCE y las demás que le confieren el Pleno a través de acuerdos delegatorios y el Estatuto Orgánico.

Aunado a lo anterior, con la finalidad de presentar una fluida lectura de esta resolución así como dar calificación a los argumentos vertidos por la recurrente, se utilizarán como fundamento de apoyo a los artículos que se citen las siguientes jurisprudencias, según sea el caso.

Para el caso de los agravios o argumentos calificados de inoperantes por considerarse como manifestaciones genéricas, sirve de apoyo el siguiente criterio judicial:

“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 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.”⁴ (Énfasis añadido)

Finalmente, aplica y apoya en lo conducente en todas las clasificaciones antes referidas, así como cualquier en que se clasifique un agravio como inoperante, el siguiente criterio judicial:

“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 (i) de la falta de afectación directa al promovente de la parte considerativa que controvierte; de la (ii) 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 (iii) no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la sentencia; b) al (iv) 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 (v) 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

⁴ Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; Pág. 61. 1a./J. 81/2002.

el fondo del asunto planteado.” (Énfasis e incisos añadidos. Los incisos se añaden únicamente para facilitar la identificación de los supuestos).⁵

II. ANTECEDENTES

Primero.- Mediante acuerdo de veintitrés de noviembre de dos mil siete, emitido por el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC, se inició de oficio el procedimiento identificado bajo el expediente número DC-07-2007 a fin de determinar, en términos de los artículos 63 de la LFT y 33 bis de la LFCE, la posible existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de TPC en las RPT de concesionarios del servicio local móvil.

El treinta de noviembre de dos mil siete se publicó en el DOF el “Extracto del acuerdo por el que la Comisión Federal de Competencia inicia el procedimiento para determinar si existe poder sustancial en los mercados de servicios de terminación de tráfico público conmutado previstos para efectos de las modalidades el que llama paga y el que llama paga nacional, radicado en el expediente DC-07-2007”.⁶

Segundo.-Mediante acuerdo de catorce de febrero de dos mil ocho, el Pleno de la CFC determinó por unanimidad de votos ampliar el plazo de investigación del procedimiento en el Expediente. El plazo de investigación culminó el veinticinco de abril de dos mil ocho, emitiéndose el acuerdo de cierre correspondiente el seis de mayo de dos mil ocho.

Tercero.- El seis de junio de dos mil ocho, el Pleno de la CFC emitió el DP a que se refiere el artículo 33 bis, fracción V, de la LFCE en el Expediente.

El trece de junio del mismo mes y año, se publicaron en el DOF los datos relevantes del Dictamen Preliminar⁷ y en la misma fecha se realizó la notificación del DP a Telcel,⁸ Telefónica⁹ y AT&T.¹⁰

Aunado a lo anterior, se publicó en la página de Internet de la Comisión el contenido íntegro del DP y sus anexos, salvo aquellos que contenían información confidencial o reservada.

Cuarto.- Los días diez y once de julio de dos mil ocho, presentaron manifestaciones Alestra S. de R.L. de C.V.; Axtel, y Avantel, S. de R.L. de C.V., así como Telefónica. Mediante acuerdos de fecha dieciséis y diecisiete de julio de dos mil ocho, el DGMR tuvo por presentadas las referidas manifestaciones.

Los días once y catorce de julio de dos mil ocho, Telcel realizó diversas manifestaciones y ofreció pruebas.¹¹ Estas manifestaciones fueron acordadas los días dieciséis y dieciocho de julio de dos mil ocho.¹² Por otro lado, tomando en cuenta el número de pruebas ofrecidas por Telcel, se determinó prorrogar por diez días el plazo para la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas.

⁵ Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 424. 2a./J. 188/2009.

⁶ http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5008797&fecha=30/11/2007

⁷ Folios 47867 BIS a 47873 del Expediente.

⁸ Folio 47883 del Expediente.

⁹ Folio 47882 BIS del Expediente.

¹⁰ Folios 47884 a 47891 del Expediente.

¹¹ Folios 48152 a 48347 y 49203 a 49214 del Expediente.

¹² Folios 49216 y 49228 del Expediente.

El catorce de julio de dos mil ocho, AT&T presentó sus manifestaciones y ofreció pruebas. Mediante diversos acuerdos, todos del dieciocho de julio de dos mil ocho, se tuvieron por presentadas las manifestaciones referidas y se determinó prorrogar, por diez días el plazo para la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas.

Quinto.- El veinte de agosto de dos mil ocho, se dictó el acuerdo relativo a las pruebas ofrecidas por AT&T, admitiendo **(i)** la presuncional en su doble aspecto, legal y humana, en todo lo que le favoreciera; **(ii)** la instrumental de actuaciones, y **(iii)** las copias simples de la lista para la sesión del Pleno de la CFC del seis de junio de dos mil ocho y de la resolución dictada por el Pleno de la Comisión en el expediente AD-41-1997; mientras que fue desechada la prueba documental pública consistente en la fe de hechos que supuestamente acreditaba que "(...) el Pleno sesionó el asunto el seis de junio de 2008, sin que en lista para esa sesión apareciera el asunto DC-07-2007 (...)"; lo anterior, por no haberse acompañado a los escritos respectivos.

Sexto.- El dos de septiembre de dos mil ocho, se dictó el acuerdo relativo a las pruebas ofrecidas por Telcel, admitiendo: **(i)** la documental pública consistente en copia certificada de lo actuado en los juicios de nulidad con número de expediente 17946/06-17-07-8 y acumulados 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9 del índice de la Séptima Sala Regional Metropolitana del entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa;¹³ **(ii)** la presuncional en su doble aspecto, legal y humana; **(iii)** la instrumental de actuaciones consistente en todo lo actuado en el Expediente; **(iv)** la documental pública consistente en el acta de fe de hechos que consta en el instrumento público número treinta y ocho mil nueve de la notaría pública número dieciocho del entonces Distrito Federal; **(v)** la documental pública consistente en el acta de fe de hechos que consta en la escritura pública número "quinientos seiscientos sesenta y seis" (sic), de fecha trece de junio de dos mil ocho de la correeduría pública número sesenta y siete del Distrito Federal; **(vi)** la documental pública consistente en el acta de fe de hechos que consta en la escritura pública número diez mil ochocientos diecisiete de la correeduría pública número treinta y uno de la Plaza del Distrito Federal; **(vii)** las confesionales a cargo de Inversiones Nextel de México, S.A. de C.V., Opcom, Alestra S. de R.L. de C.V., Axtel, y Avantel, S. de R.L. de C.V.; y **(viii)** la inspeccional, relacionada con los expedientes CNT-96-97, CNT-110-96, CNT-147-98, CNT-60-99, CNT-LI-25-04-98, DC-02-2001, DE-06-2000, DE-25-2004 y DE-21-03; mientras que fueron desechadas: **(i)** las instrumentales consistentes en **(a)** los informes de diversas autoridades del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Reino de España, la República del Perú, la República de Chile, la República de Colombia y la Comisión de las Comunidades Europeas; y **(b)** la legislación

¹³ Mediante acuerdo de primero de octubre de dos mil ocho, con fundamento en lo dispuesto en la fracción V, del artículo 55 del RLFCE, la Comisión determinó prorrogar, por un plazo de veinte días hábiles, el desahogo de las pruebas ofrecidas por Telcel. Lo anterior, toda vez que dicho agente económico no exhibía la prueba documental pública consistente en copia certificada de todo lo actuado en los juicios de nulidad promovidos por Avantel, S. de R.L. de C.V., Axtel y Alestra, S. de R.L. de C.V. radicados bajo el número de expediente 17946/06-17-07-8 y acumulados 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9, del índice de la Séptima Sala Regional Metropolitana del entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que, en términos de lo previsto en el acuerdo del dos de septiembre de dos mil ocho, resultaban necesarias para el desahogo de las pruebas confesionales a cargo de estos AEI. Al respecto, con la finalidad de que dicha autoridad contara con las documentales referidas, fue necesario otorgar prórroga en diversas ocasiones, por igual plazo. Las copias referidas fueron recibidas el cinco de abril de dos mil once, tras haber sido efectuadas diversas solicitudes a la Séptima Sala Regional Metropolitana del tribunal previamente referido, para que informara el estado que guardaba la expedición de las copias referidas en el numeral anterior, y haber requerido a Telcel para que exhibiera dichas copias.

aplicable en materia de competencia económica en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Reino de España, la República del Perú, la República de Chile, la República de Colombia y en la Unión Europea; y **(c)** las periciales relativas al derecho vigente en la República de Chile, la República del Perú, la República de Colombia y en la Unión Europea y la relativa al derecho vigente en el Reino de España.¹⁴

Adicionalmente, el dieciséis de febrero de dos mil diez, Telcel presentó como prueba superveniente la instrumental de actuaciones, consistente en copia simple de la resolución que emitió el Pleno de la CFC dentro del expediente DC-008-2007, de fecha veintiuno de enero de dos mil diez. Por acuerdo de fecha veinticinco de febrero de ese mismo año, la Comisión tuvo por desahogada la prueba instrumental de actuaciones por su propia y especial naturaleza.

Séptimo.- Por acuerdo de fecha primero de septiembre de dos mil nueve, el Secretario Ejecutivo ordenó la reasignación del procedimiento materia de esta resolución, para su tramitación y sustanciación a la DGPPL.

Octavo.- El veintiocho de marzo de dos mil once, Telcel promovió un incidente de recusación en contra del Comisionado Presidente de la CFC. Mediante acuerdo de fecha trece de abril de dos mil once, luego de requerir a Telcel para que aclarara su petición, la DGPPL suspendió el procedimiento y ordenó dar trámite a ese incidente de recusación.

El dieciséis de junio de dos mil once, se realizó la audiencia a la que se refiere el Capítulo V, del Título Primero, del Libro Segundo del CFPC, a la cual no comparecieron las partes.

El veintitrés de junio de dos mil once, el Pleno de la CFC, sin la participación de los Comisionados Presidente y José Agustín Navarro Gergely,¹⁵ por unanimidad de votos resolvió el incidente de recusación declarándolo infundado.

Noveno.- Una vez desahogadas la totalidad de las pruebas admitidas, el once de agosto de dos mil once, se tuvo por integrado el Expediente para los efectos establecido en la fracción VII, del artículo 33 bis de la LFCE.

El veinte de septiembre de dos mil once, con fundamento en el último párrafo del artículo 33 bis de la LFCE, el Pleno de la Comisión determinó prorrogar por treinta días el plazo para emitir la resolución correspondiente.

Décimo.- El veintiséis de septiembre de dos mil once, el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, notificó a la CFC el acuerdo de fecha veintidós de septiembre de dos mil once, emitido en los autos del juicio de amparo 1396/2008, por medio del cual requirió el cumplimiento de la ejecutoria pronunciada en el amparo en revisión 458/2009 por el Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito Judicial, a través de la cual se concedió la protección constitucional a América Móvil, S.A.B. de C.V., para el efecto de que la Comisión dejara insubsistente el DP de seis de junio de dos mil ocho, dictado en el expediente administrativo DC-07-2007, así como para que se

¹⁴ Folios 50005 a 50027 del Expediente.

¹⁵ En dicha sesión el entonces Comisionado Presidente, Eduardo Pérez Motta, así como el Comisionado José Agustín Navarro Gergely, se excusaron de conocer el presente asunto, por lo que en la misma sesión se calificaron de fundadas las excusas planteadas por unanimidad de votos de los Comisionados presentes.

emplazara a dicha empresa en el presente procedimiento, a fin de que manifestara lo que a su interés conviniera.

Mediante acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil once, y previo a la emisión de la Resolución Recurrída, el Pleno de la Comisión dio cumplimiento a la ejecutoria pronunciada en el amparo en revisión 458/2009, dejando insubsistentes y sin efectos, de acuerdo con el principio de relatividad de las sentencias de amparo todas aquéllas referencias hechas a América Móvil, S.A. B. de C.V., en el DP, y que en el citado acuerdo se indican, únicamente por lo que se refiere a América Móvil, S.A. B. de C.V., y decretando el cierre exclusivamente para este agente económico.

Décimo Primero.- El veintisiete de octubre del dos mil once el Pleno de la CFC, emitió la Resolución Recurrída por medio de la cual determinó que:

i) Por unanimidad, que Telcel tenía 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 SLD;

ii) Por mayoría de votos, que AT&T tenía 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 SLD; y

iii) Por mayoría de votos, que Pegaso PCS, S.A. de C.V. tenía poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en las redes móviles de Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V.; y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V. a los concesionarios de servicios locales y a los concesionarios SLD.

Décimo Segundo.- El dieciséis de diciembre de dos mil once, AT&T, Telcel y Telefónica¹⁶ presentaron diversos escritos ante la CFC, interponiendo recurso de reconsideración en contra de la Resolución Recurrída. A dichos escritos les fueron asignados los números RA-029-2011, RA-030-2011 y RA-031-2011 respectivamente.

Décimo Tercero.- El dieciséis de diciembre de dos mil once, Telcel promovió en las constancias del Expediente, un incidente de nulidad de actuaciones en contra de la falta de notificación, mismo que fue reservado para ser resuelto en conjunto con la resolución definitiva que se emitiera en el Expediente del Recurso, mismo que en este acto se resuelve -véase numeral 3.7.4.1.¹⁷

Décimo Cuarto.- El veinte de diciembre de dos mil once, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la CFC admitieron a trámite los recursos de reconsideración mencionados, decretándose

¹⁶ Telefónica envió la versión electrónica de su escrito, presentado el documento el diecinueve de diciembre de dos mil once a través de Oficialía de Partes.

¹⁷ "Se hace notar al promovente que, a fin de alegar lo que su derecho convenga, tiene la oportunidad de presentar recurso de reconsideración, en los términos del artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha veintiocho de junio de dos mil seis, actuación procesal que ya ha tenido lugar y que constituye un hecho notorio para esta CFC; lo anterior, en virtud de que dicho medio de impugnación ya se tramita ante esta Comisión bajo el expediente RA-030-2011, en el que Telcel también señala como agravio, en el numeral 28, la "Falta de publicación y notificación del acuerdo de 27 de octubre de 2011". En términos de lo antes señalado, y conforme a lo establecido en el artículo 39 de la LFCE, la vía adecuada para resolver sobre la nulidad de actuaciones solicitada por Telcel, en el momento procesal oportuno, es el recurso de reconsideración.

la acumulación de los expedientes RA-029-2011, RA-030-2011 y RA-031-2011, al primero presentado en orden, para ser tramitados y resueltos en forma conjunta.

En cuanto a las pruebas ofrecidas se proveyó lo siguiente:

i) Se admitió la prueba pericial en economía ofrecida por AT&T.¹⁸

ii) Se admitieron las instrumentales de actuaciones ofrecidas por Telcel, consistentes en copia certificada de todo lo actuado en los expedientes 175/2011 y 64/2011, correspondientes a los índices de los Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, respectivamente.¹⁹ En virtud de que dichas documentales se encontraban en trámite de expedición se otorgó a Telcel un término de diez días hábiles para presentar ante la CFC las copias certificadas de las documentales que integran las probanzas, mismas que exhibió por escrito de veintitrés de enero de dos mil doce.

iii) Se desechó la prueba consistente en el informe que rindiera la Cofetel ofrecida por Telcel, por no versar sobre los hechos materia de la Resolución Recurrída y por no acreditarse que el oferente hubiese solicitado previamente la información sobre la que versaría dicho informe a pesar de que ésta se encontraba a su disposición.²⁰

Décimo Quinto.- El diez de enero de dos mil doce, se acordó sobre la aceptación y protesta a cargo de la perita designada por AT&T para el desahogo de la pericial en economía ofrecida como prueba superviniente en su escrito inicial. Por acuerdo de treinta y uno de enero de dos mil doce, se le tuvo por presentada rindiendo el dictamen correspondiente desahogando dicha probanza.

Décimo Sexto.- El once de enero de dos mil doce se acordó respecto al escrito de AT&T por el cual señaló domicilio y se le informó que las subsecuentes notificaciones personales se realizarían en dicho domicilio.

Décimo Séptimo.- El dieciséis de enero de dos mil doce, se notificó al Comisionado Presidente de la Cofetel el Oficio No. SE-10-096-2012-02, en virtud del cual la Comisión notificó la interposición del recurso de reconsideración.

Décimo Octavo.- El diecisiete de enero de dos mil doce se notificó al Secretario de Comunicaciones y Transportes el Oficio No. SE-10-096-2012-01 en virtud del cual la Comisión notificó la interposición del recurso de reconsideración.

Décimo Noveno.- Por acuerdo de diecisiete de enero de dos mil doce, una vez fenecido el término otorgado a las recurrentes para manifestarse sobre la confidencialidad de sus escritos, la CFC dio vista con dichos escritos a las recurrentes a efecto de que manifestaran lo que a su interés conviniera. De dicha vista, sólo Telcel mediante escrito de ocho de febrero de dos mil doce se manifestó respecto de los escritos de AT&T y Telefónica, el cual se tuvo por

¹⁸ De dicha probanza se dio vista a los agentes económicos involucrados en el expediente de origen, quienes no formularon preguntas adicionales, ni formularon repreguntas.

¹⁹ Dichas instrumentales fueron ofrecidas considerando los juicios de origen; sin embargo, los procedimientos de origen no se admitieron debido a que el oferente tuvo conocimiento de ellos en forma previa a la emisión de la Resolución Recurrída.

²⁰ Telcel solicitó que la Cofetel informara sobre: "(...) cuál es el estado en el que se encuentran los mercados relevantes analizados en la Resolución Definitiva, cuáles son las resoluciones que ha emitido la Cofetel en el 2011 en el caso de desacuerdos de interconexión, concretamente en aquellos procedimientos en que fuera parte Telcel, así como cuál es el contenido del acuerdo de tarifas de interconexión celebrado entre diversos operadores en noviembre de 2011."

presentado y se reservó para el momento procesal oportuno mediante acuerdo de fecha trece de febrero de dos mil doce.

Vigésimo.- El veintiséis de enero de dos mil doce Telcel presentó un escrito por medio del cual solicitó se expidiera a su favor copia certificada de las versiones públicas de los escritos de los recursos presentados por AT&T y Telefónica, en virtud del cual por acuerdo de misma fecha se ordenó la expedición de las mismas una vez que Telcel exhibiera el comprobante de pago correspondiente.

Vigésimo Primero.- El catorce marzo de dos mil doce, el Pleno de la CFC dictó la Resolución 2012, por medio de la cual determinó:

“Primero.-El argumento formulado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., en la parte final del agravio segundo del escrito de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., ha resultado fundado a efecto de modificar el Anexo 2 de la Resolución de veintisiete de octubre de dos mil once en términos de lo expuesto en el apartado 3.12.4.2 de la consideración de derecho tercera de esta resolución.

Segundo.- Por unanimidad de votos del Pleno de esta Comisión, los agravios formulados por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., han resultado inoperantes, infundados o fundados pero insuficientes para modificar el sentido de la Resolución, por lo que se confirma en sus términos la Resolución de veintisiete de octubre de dos mil once y, en consecuencia, Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., 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 del servicio de larga distancia.

Tercero.- Por mayoría de votos, con voto en contra del comisionado Eduardo Pérez Motta, han resultado fundados los argumentos formulados por Iusacell en los agravios sexto y séptimo de su escrito de recurso, en términos de la consideración de derecho sexta de esta resolución, por lo que se modifica el resolutivo segundo de la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once para efectos de decretar que no existen en el expediente DC-007-2007 elementos suficientes para declarar la existencia de poder sustancial por parte de Iusacell PCS, S.A. de C.V., Iusacell PCS de México, S.A. de C.V., Portatel del Sureste, S.A. de C.V., Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V., Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V., Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V., Operadora Unefon, S.A. de C.V., y SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V., 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 del servicio de larga distancia.

Cuarto.- Por mayoría de votos, con voto particular en contra del comisionado Miguel Flores Bernés, y voto en contra del comisionado Eduardo Pérez Motta, han resultado fundados los argumentos formulados por Telefónica en el segundo agravio de su escrito de recurso, en términos de la consideración de derecho sexta de esta resolución, por lo que se modifica el resolutivo tercero de la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once para efectos de que no existen en el expediente DC-007-2007 elementos suficientes para declarar que Pegaso PCS, S.A. de C.V., tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en las redes móviles de Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V., Celular de Telefonía, S.A. de C.V., Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V., y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V., a los concesionarios de servicios locales y a los concesionarios del servicio de larga distancia.

Quinto.- Gírese atento oficio, con copia certificada de la presente resolución, a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y a la Comisión Federal de

Telecomunicaciones, para efectos del artículo 39, párrafo cuarto, de la Ley Federal de Competencia Económica.

Sexto.- Notifíquese personalmente.”

Vigésimo Segundo.- Inconforme con dicha determinación, el diecinueve de abril de dos mil doce Telcel promovió juicio de amparo indirecto en contra de la Resolución 2012, el cual fue radicado con el número de amparo 575/2012 ante el Juzgado Tercero. En consecuencia, el juzgado del conocimiento, con fecha cinco de julio de dos mil trece, emitió la Sentencia, concediéndole el amparo, resolviendo lo siguiente:

“(…)

PRIMERO.-Se **SOBRESEE** en el juicio, respecto de los actos y autoridades que han quedado precisados en el segundo y cuarto considerandos.

SEGUNDO. La justicia de la Unión **NO AMPARA NI PROTEGE a (Telcel)**, contra los artículos 3, 12, 13, 24, fracción V, 33 bis, 34 bis, segundo párrafo, y 39 de la Ley Federal de Competencia Económica; 9-A y 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, 2, 6, 34, 35, 53, 54, 55, 71 y 72 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica; 1, 3, 8, fracción III, 22, fracciones III Y XVII, y 23, fracciones III, X y XX, del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia; Segundo, fracción XI, del Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis; reglas trigésima primera y trigésima segunda de la Reglas del Servicio Local, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis; reglas trigésima primera y trigésima segunda de las Reglas del Servicio Local, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete; y artículos 9, fracción X, y 23, apartado B, fracción VIII y último párrafo, del Reglamento Interno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones; lo anterior, de conformidad con lo expuesto en el sexto considerando de esta sentencia.

TERCERO. La justicia de la Unión **AMPARA Y PROTEGE a (Telcel)**, contra la resolución de catorce de marzo del dos mil doce, dictada en el expediente RA-029-2011 y acumulados; atento a los razonamientos y para los efectos que han quedado precisados en el último considerando de este fallo. (…)” (Énfasis añadido)

Vigésimo Tercero.- 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 fijan 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 Cuarto.- Inconformes con la resolución descrita en el antecedente Vigésimo Segundo, el diecinueve de agosto de dos mil trece, diversos agentes económicos²¹ así como el Pleno de la CFC interpusieron recursos de revisión, los cuales fueron registrados con el número de toca de amparo en revisión R.A. 82/2016 del índice del Tribunal Especializado.

Vigésimo Quinto.- 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 Sexto.- El diecinueve de enero de dos mil diecisiete, el Tribunal Especializado en los autos del toca de amparo en revisión R.A. 82/2016 de su índice, resolvió:

“(…)

PRIMERO. En la materia de legalidad reservada a este tribunal colegiado, se **CONFIRMA** la sentencia recurrida, dictada el cinco de julio de dos mil trece por el titular del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal hoy Ciudad de México, en el juicio de amparo 575/2012, promovido por (Telcel).

SEGUNDO. La justicia de la Unión **AMPARA Y PROTEGE** a (Telcel), en contra de la (Resolución 2012), identificada en el resultando primero de este fallo.

TERCERO. Se declara **SIN MATERIA** la revisión adhesiva.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución, devuélvase el expediente al juzgado del conocimiento y, en su oportunidad, archívese el toca.” (Énfasis añadido)

Vigésimo Séptimo.- El acuerdo de fecha veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, emitido por el Juzgado Tercero en el expediente del juicio de amparo número 575/2012, y recibido en la oficialía de partes de este Instituto el día veintiocho de febrero del mismo año, mediante el cual se requirió a esta autoridad el cumplimiento de la Ejecutoria en los siguientes términos:

“ - Que **se deje Insubistente** la resolución reclamada; esto es, la dictada en el expediente RA-029-2011 y acumulados, en sesión de catorce de marzo de dos mil doce, por la extinta Comisión Federal de Competencia; y,

- **Se emita una nueva determinación en la que sin perjuicio de que resuelva en igual o distinto sentido, se estudien de fondo todos y cada uno de los argumentos hechos valer por la quejosa en el recurso de reconsideración,** en cuanto a los puntos siguientes:

- 3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad hoc, inciso A);
- 3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C);
- 3.3 Requerimiento de Información y Apercebimientos;
- 3.5 Cierre de la investigación;
- 3.7 (sic) Clasificación de Confidencialidad;
- 3.7.3. Publicación del DP en el DOF;

²¹ 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 y Celular de Telefonía, S.A. de C.V., Iusacell PCS, S.A. de C.V., Iusacell PCS de México, S.A. de C.V., Portafel del Sureste, S.A. de C.V., Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V., Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V., Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V., Operadora Unefon S.A. de C.V., y SOS Telecomunicaciones S.A. de C.V.

- 3.12.4.1 Congruencia, inciso B);
- 3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, penúltimo párrafo;
- 3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrida;
- 3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G);
- 5.5.1 Análisis Inadecuado de Fijación de Precios; y,
- 3.7.4.4.1. Fundamentación y Motivación.

En el entendido que, aunque se debe dejar sin efecto la citada resolución, lo determinado por la extinta autoridad responsable en relación con el recurso de reconsideración interpuesto por las aquí tercero interesadas debe subsistir al no haber sido motivo del amparo y, por ende, se tendrá que reiterar en la nueva resolución. (...) (Énfasis añadido)

Vigésimo Octavo.- El diez de marzo de dos mil diecisiete, este Instituto se declaró competente para conocer y tramitar lo relacionado con el Expediente del Recurso; se tuvieron por recibidas las constancias del expediente administrativo RA-029-2011 y acumulados, del índice de la extinta CFC, en consecuencia, se registró el Expediente del Recurso en el libro de gobierno de la UCE bajo el número **E-IFT/UCE/RR-0001-2017**, para los efectos legales a que hubiera lugar.

Vigésimo Noveno.- El veintidós de marzo de dos mil diecisiete, mediante acuerdo P/IFT/220317/144, emitido por el Pleno de este Instituto en su XII sesión Ordinaria dentro del Expediente del Recurso y en cumplimiento a la Ejecutoria resolvió:

“Primero.- En cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria emitida el diecinueve de enero de dos mil diecisiete, 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. 82/2016 de su índice; se toma conocimiento de la misma y en consecuencia **se deja insubsistente** la resolución de fecha catorce de marzo de dos mil doce, emitida por el Pleno de la extinta Comisión Federal de Competencia, dentro del recurso de reconsideración con número de expediente RA-029-2011 y acumulados de su índice, actualmente E-IFT/UCE/RR-0001-2017 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 V 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 Tercero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México y gestione una prórroga para dar cumplimiento a lo ordenado en el resolutive primero 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.- Mediante acuerdo de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, emitido por el Director General de Procedimientos de Competencia del Instituto dentro del Expediente, se tomó conocimiento entre otras cosas, del cambio de denominación social de diversos agentes económicos involucrados en el mismo, anteriormente identificados como grupo Iusacell para quedar de la siguiente manera: AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V.;²² Grupo AT&T Celular, S. de R.L. de C.V.;²³ AT&T Norte, S. de R.L. de C.V.,²⁴ y AT&T Desarrollo en Comunicaciones de México, S. de R.L. de C.V.²⁵

III. CONSIDERANDOS

Primero. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto de la CPEUM, reformado mediante el Decreto Constitucional; el artículo 7 de la LFTR; 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 y en los términos que fijan la LFTR y demás disposiciones aplicables; y es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, en los que ejerce en forma exclusiva las facultades que el artículo 28 de la CPEUM establece para la

²² Este agente económico participaba tanto en el Expediente como en el Expediente del Recurso como Operadora Unefon, S.A. de C.V.; sin embargo mediante oficio IFT/223/UCS/2138/2015 de fecha quince de octubre de dos mil quince emitido por el Titular de la Unidad de Cumplimiento de este Instituto, se tomó conocimiento de la transformación y el cambio de denominación social de dicho agente quien se denominó como AT&T Opco Une Mex, S. de R.L. de C.V.

Asimismo, mediante oficio IFT/223/UCS/DG-CTEL/0355/2016 de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis emitido por la Directora General de Concesiones de Telecomunicaciones de este Instituto y la constancia de inscripción en el Registro Público de Concesiones de este Instituto, con número de inscripción 011671 de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis; se hizo constar la cesión de derechos y obligaciones de AT&T Opco Une Mex, S. de R.L. de C.V., a favor de AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V.

²³ Este agente económico participaba tanto en el Expediente como en el Expediente del Recurso como Portatel del Sureste, S.A. de C.V.; Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V.; Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V.; Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V., y SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V., sin embargo mediante los oficios IFT/223/UCS/2136/2015; IFT/223/UCS/2142/2015; IFT/223/UCS/2139/2015; IFT/223/UCS/2134/2015, y IFT/223/UCS/2143/2015, todos de fecha quince de octubre de dos mil quince emitidos por el Titular de la Unidad de Cumplimiento de este Instituto, se tomó conocimiento de la transformación y el cambio de denominación social de dichos agentes económicos quienes se denominaron como AT&T Sureste, S. de R.L. de C.V.; AT&T del Golfo, S. de R.L. de C.V.; AT&T del Occidente, S. de R.L. de C.V.; AT&T Comcentro, S. de R.L. de C.V. y AT&T Central, S. de R.L. de C.V., respectivamente.

Asimismo, mediante oficio IFT/223/UCS/DG-CTEL/0354/2016 de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis emitido por la Directora General de Concesiones de Telecomunicaciones de este Instituto y la constancia de inscripción en el Registro Público de Concesiones de este Instituto, con número de inscripción 011670 de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis; se hizo constar la cesión de derechos y obligaciones de AT&T Sureste, S. de R.L. de C.V.; AT&T del Golfo, S. de R.L. de C.V.; AT&T del Occidente, S. de R.L. de C.V.; AT&T Comcentro, S. de R.L. de C.V. y AT&T Central, S. de R.L. de C.V., a favor de Grupo AT&T Celular, S. de R.L. de C.V.

²⁴ Este agente económico participaba tanto en el Expediente como en el Expediente del Recurso como Iusacell PCS, S.A. de C.V.; sin embargo mediante oficio IFT/223/UCS/2135/2015 de fecha quince de octubre de dos mil quince emitido por el Titular de la Unidad de Cumplimiento de este Instituto, se tomó conocimiento de la transformación y el cambio de denominación social de dicho agente quien se denominó como AT&T Norte, S. de R.L. de C.V.

²⁵ Este agente económico participaba tanto en el Expediente como en el Expediente del Recurso como Iusacell PCS de México, S.A. de C.V.; sin embargo mediante oficio IFT/223/UCS/2137/2015 de fecha quince de octubre de dos mil quince emitido por el Titular de la Unidad de Cumplimiento de este Instituto, se tomó conocimiento de la transformación y el cambio de denominación social de dicho agente quien se denominó como AT&T Desarrollo en Comunicaciones de México, S. de R.L. de C.V.

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 los mercados de servicios de telecomunicaciones que se prestan entre concesionarios de RPT, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil.

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 encontraran 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 de oficio mediante acuerdo de veintitrés de noviembre de dos mil siete,²⁶ 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 Recurrída y la Resolución 2012.

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 Expediente del Recurso, en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria.

Segundo. Cumplimiento a la Ejecutoria

La presente resolución se emite en estricto cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria, mediante la cual el Tribunal Especializado resolvió confirmar la Sentencia dictada por el Juez Tercero y conceder el amparo y protección de la justicia de la Unión a Telcel, según lo precisado en los antecedentes Vigésimo Sexto y Vigésimo Séptimo de la presente resolución.

Por lo anterior y a fin de dar cumplimiento a un elemento de la Ejecutoria, el Pleno de este Instituto dejó sin efectos la Resolución 2012 mediante acuerdo de fecha veintidós de marzo de dos mil diecisiete, en los siguientes términos:

“Primero.- En cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria emitida el diecinueve de enero de dos mil diecisiete, 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. 82/2016 de su índice; se toma conocimiento de la misma y en consecuencia **se deja insubsistente** la resolución de fecha catorce de marzo de dos mil

²⁶ Folio 1 del Expediente.

doce, emitida por el Pleno de la extinta Comisión Federal de Competencia, dentro del recurso de reconsideración con número de expediente RA-029-2011 y acumulados de su índice, **actualmente E-IFT/UCE/RR-0001-2017** del índice de este Instituto.”²⁷ (Énfasis añadido).

Razonamientos y alcances de la Ejecutoria

Ahora bien, con la finalidad de dar cabal cumplimiento a la Ejecutoria, a continuación se señalan y analizan los razonamientos y alcances en ella precisados por el Tribunal Especializado.

a. En primer término, la Ejecutoria confirmó la Sentencia emitida por el Juzgado Tercero, en la cual se concedió a Telcel el amparo y protección de la Justicia de la Unión.

Medularmente el Juzgado Tercero señaló en el considerando séptimo de la Sentencia 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 el mercado relevante (artículo 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, lo anterior al señalar que:**

“(…)

No obstante, con independencia de que el agente económico afectado o interesado en dicha declaratoria, **hubiere o no acudido ante la Comisión Federal de Competencia a ejercer su derecho de defensa**, formulando dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación, las manifestaciones relativas a dicho acto y ofreciendo pruebas, **lo cierto es que estará en posibilidad de interponer el recurso de reconsideración previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica.**

(…)

En ese orden de ideas, del análisis integral de los artículos 33 bis de la LFCE, 54 y 55 de su Reglamento, **no se advierte que el legislador haya previsto en ese procedimiento la preclusión del derecho para formular alegatos y ofrecer pruebas sino, por el contrario, se reconoce que los agentes económicos, hubieren o no intervenido en el procedimiento, estarán en posibilidad de interponer el recurso de reconsideración una vez que se dicte la resolución definitiva sobre la declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante.**

Entendiéndose que, aquellos que no comparecieron al procedimiento, hasta ese momento podrán interponer sus defensas no solo (sic) contra la resolución definitiva, sino también respecto del dictamen preliminar respectivo, **considerando que la ley de la materia, su derecho a manifestarse sobre tal acto no precluye. (...)**²⁸ (Énfasis añadido)

²⁷ Folio 3480 del Expediente del Recurso.

²⁸ Página 50 de la Sentencia.

Conforme a lo anterior, el Juzgado Tercero consideró que el derecho a manifestarse en contra del DP o la Resolución Recurrída por parte de Telcel o de cualquier otro agente con interés en el procedimiento **no precluye**, advirtiendo además que:

“(…)

Ahora, del análisis de las constancias de autos y, particularmente, de la resolución reclamada, queda de manifiesto que la autoridad responsable procedió a resolver los argumentos expuestos por la recurrente; advirtiéndose que para ello procedió a exponer las razones particulares por las cuales concluyó que **eran inoperantes –por reiterativos, por abundar en las manifestaciones al Dictamen Preliminar, por manifestaciones genéricas o por incluir aspectos novedosos-**, infundados o fundados pero insuficientes.

(…)

La valoración de los agravios señalada es ilegal, coartando la responsable el derecho de defensa de la quejosa, al considerar, de manera sustancial, que:

- Precluyó su derecho proponer alegatos novedosos en relación con los actos previos a la emisión de la resolución definitiva de veintisiete de octubre del dos mil once, objeto del recurso de reconsideración.

- Y que propuso argumentos que fueron alegados en su escrito de manifestaciones al dictamen preliminar, pretendiendo mejorarlos y abundar en los mismos.

Cuando, como se ha explicado, **no existe precepto legal alguno que prevea la preclusión de ese derecho**; por el contrario, se reconoce que los agentes económicos afectados o interesados, hayan o no acudido ante la Comisión Federal de Competencia **a efectuar manifestaciones sobre el dictamen preliminar u ofreciendo pruebas**, están posibilidad (sic) de interponer el recurso de reconsideración contra la declaratoria de poder sustancial en mercado (sic) relevante y, por ende, **proponer los agravios que considere necesarios, vinculados incluso con la investigación que sustenta esa declaratoria y los actos procedimentales que, a su parecer, hayan trascendido al resultado de la resolución respectiva**.

Del mismo modo, la responsable sostuvo en los apartados que han quedado relacionados, que los argumentos de la quejosa **eran inoperantes por reiterativos**, ya que habían sido objeto de estudio por esa Comisión en la resolución recurrida, sin que sus consideraciones hayan sido combatidas; lo cual no es congruente con las constancias de autos, al advertirse que, si bien es cierto que la recurrente insistió en sus reclamos, reiterando parte de las manifestaciones propuestas ante dicha autoridad en relación con el dictamen preliminar, **igualmente lo es que en parte de sus agravios destacó el hecho de que en la resolución recurrida no se habían atendido y resuelto en forma congruente ni legal sus alegatos o manifestaciones**.

Por lo que, en todo caso, la Comisión responsable estaba obligada a explicar de manera fundada y motivada **si se habían atendido en sus términos las manifestaciones propuestas**, o bien, determinar si, como lo refiere la quejosa, la resolución recurrida resultaba congruente; **en lugar de limitarse a calificar tales argumentos como reiterativos**.

En consecuencia, **al resultar fundado el concepto de violación cuyo análisis antecede**, lo procedente **es otorgar el amparo y protección federal solicitados**, para el efecto de que las autoridades responsables de la Comisión Federal de Competencia Económica, **dejen insubsistente la resolución reclamada, procediendo a emitir una nueva determinación en que se incluya el estudio de fondo de los argumentos que han quedado relacionados en**

los párrafos que anteceden; lo anterior, sin perjuicio de que resuelva en igual o ulterior sentido.(...)”²⁹ (Énfasis añadido)

Derivado de lo antes señalado, el Juzgado Tercero consideró **fundado** el concepto de violación hecho valer por Telcel; **motivo por el cual concedió el amparo** a este agente económico para que el Instituto en calidad de autoridad sustituta de la CFC, dejara insubsistente la Resolución 2012, emitiendo una nueva donde analice de fondo únicamente los argumentos planteados, identificados en la Resolución 2012 con los numerales 3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad hoc, inciso A); 3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C); 3.3 Requerimiento de Información y Apercebimientos; 3.5 Cierre de la investigación; 3.7 (sic) Clasificación de Confidencialidad;³⁰ 3.7.3. Publicación del DP en el DOF; 3.12.4.1 Congruencia, inciso B); 3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, penúltimo párrafo; 3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrída; 3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G); 5.5.1 Análisis Inadecuado de Fijación de Precios; y, 3.7.4.4.1. Fundamentación y Motivación.³¹

b. Ahora bien, el Tribunal Especializado en la Ejecutoria retomó la mayoría de los razonamientos efectuados por el Juzgado Tercero y resolvió **confirmar la Sentencia, concediendo el amparo a la quejosa**, en los términos siguientes:

“Como se puede advertir, el juez expuso dos razones para conceder el amparo en contra de la resolución definitiva reclamada, a saber:

1. **Las disposiciones citadas no prevén la preclusión del derecho** del agente económico para proponer argumentos en el recurso de reconsideración cuando no los haga valer durante el procedimiento, por lo que la responsable no podía declarar inoperantes los que formuló la quejosa en el recurso, **estimando que reiteraban los que se expulsaron al realizar manifestaciones contra el dictamen preliminar y demás actos procesales, abundaban sobre ellos, los mejoraban o planteaban otros novedosos.**

2. En parte de sus agravios en el recurso de reconsideración, la quejosa destacó el hecho de que en la resolución recurrida no se habían atendido y resuelto en forma congruente y legal sus alegatos manifestaciones, **por lo que la comisión responsable estaba obligada a explicar de manera fundada y motivada si se habían atendido en sus términos esas manifestaciones y alegatos propuestos, o bien, determinar si la resolución recurrida resultaba incongruente.**

(...)

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**

²⁹ Páginas 51 a 53 de la Sentencia.

³⁰ La Ejecutoria y la Sentencia identifican el presente argumento con el numeral 3.7 y con el título “Clasificación de Confidencialidad”, sin embargo de una revisión efectuada a la Resolución 2012 esta autoridad advierte que como tal no existe un numeral 3.7 que contenga ese título, el numeral 3.7 tiene el título “DP”. Sin embargo el título que es identificado en la Ejecutoria y en la Sentencia como “Clasificación de Confidencialidad” se encuentra en el numeral 3.7.2.

³¹ Páginas 51 y 52 de la Sentencia.

momento de interponer el recurso de reconsideración en contra de la resolución definitiva, aun cuando reiterare 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.**

(...)

4.1. (sic) En cada una de sus consideraciones la responsable precisó, en primer término y de manera genérica, el por qué calificó los agravios con tales sentidos, y determinó que son **inoperantes por reiterativos** aquellos argumentos que **ya habían sido contestados y analizados** por la comisión (sic), ocupándose de transcribir la parte considerativa de la resolución recurrida en que, aseveró, habían sido contestadas puntualmente las manifestaciones de la quejosa, **haciendo hincapié en que tales agravios no podrían producir, por esa razón, la modificación o revocación de lo ahí resuelto.**

4.2. La responsable calificó **inoperantes, por genéricos** los argumentos de la recurrente por no indicar el por qué consideraba actualizado el perjuicio respectivo, así como por limitarse a **abundar en las manifestaciones** al dictamen preliminar, exponiendo los motivos por los cuales arribó a tal determinación, particularmente, destacó que **esos argumentos fueron alegados en su escrito de manifestaciones** y que, mediante el **recurso de que se trata, pretendía mejorarlos y abundar, aun cuando había precluído su derecho para hacerlo**, pero que, no obstante ello, ya habían sido abordados en los apartados de la resolución recurrida.

4.3. La responsable advirtió diversos aspectos que **calificó de novedosos** y que identificó con aquellos argumentos que, por las razones que expuso en la propia resolución reclamada, hacía valer la recurrente pretendiendo **mejorar sus manifestaciones respecto del dictamen preliminar y demás actos procesales, sin combatir por tanto la resolución recurrida.** Se ocupó, además, de analizar diversas cuestiones de fondo vinculada (sic) con distintos argumentos que declaró infundados y fundados pero insuficiente (sic).

(...)”³² Énfasis añadido.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Especializado al igual que el Juzgado Tercero advirtió en el numeral 4 de la Ejecutoria que la CFC realizó una ilegal valoración de los argumentos identificados en la Resolución 2012 como 3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad hoc, inciso A); 3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C); 3.3 Requerimiento de Información y Apercebimientos; 3.5 Cierre de la investigación; 3.7 (sic) Clasificación de Confidencialidad; 3.7.3. Publicación del DP en el DOF; 3.12.4.1 Congruencia, inciso B); 3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, penúltimo párrafo; 3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrida; 3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G); 5.5.1 Análisis Inadecuado de Fijación de Precios; y, 3.7.4.4.1. Fundamentación y Motivación, al haberlos considerado como inoperantes por reiterativos, genéricos o novedosos, por lo que también señaló que:

³² Páginas 21 a 26 40, 41 y 43 de la Ejecutoria.

“(…)

4.5. (sic) No obstante lo anterior, se advierte que respecto de los argumentos identificados con el rubro **3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad Hoc, inciso A)**, la comisión (sic) responsable **se limitó a calificar los mismos como inoperantes por reiterativos**, al considerar que el combate de los argumentos contenidos en el dictamen preliminar y cualquier situación procesal acontecida previo a la emisión de éste, sobre la cual los recurrentes hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse en términos del artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE, **debió ser formulado en las manifestaciones al dictamen preliminar**, aunado a que, según expuso, no se controvirtió la resolución recurrida.

4.6. En el rubro **3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C)**, la comisión (sic) calificó los agravios de la quejosa como **inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al dictamen preliminar y por novedoso**, insistiendo en que el combate a los elementos del dictamen preliminar **debió ser formulado en el escrito de manifestaciones, advirtiendo que la recurrente pretendió atraer elementos novedosos** sobre los extremos de los que tuvo conocimiento previo y estuvo en aptitud de manifestarse.

4.7. En los rubros **3.3 Requerimiento de Información y Apercebimientos, 3.5 Cierre de la Investigación, 3.7 (sic) Clasificación de Confidencialidad, 3.7.3. Publicación del DP en el DOF y 3.12.4.1 Congruencia, inciso B), y 3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, Penúltimo Párrafo**, la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos **inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar)**, señalando que los argumentos fueron alegados por TELCEL en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía **mejorarlos y abundar** en los mismos, aun cuando, consideró, había **precluído** su derecho para hacerlo (mencionan que parte de esos argumentos habían sido atendidos).

4.8. En los apartados **3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrída, 3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G) y 5.5.1 Análisis Inadecuado de Fijación de Precios**, la responsable calificó los **argumentos relativos como inoperantes por novedosos**, señalando que **debieron alegarse por la hoy quejosa al manifestarse respecto del dictamen preliminar y no al momento de interponer el recurso**, ya que la fijación de las cuestiones a debate se realizaría con base en lo contenido en ese dictamen y la antítesis que formulen los agentes económicos con interés, destacando la responsable que no existe disposición alguna que la obligue a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos que realice. Igualmente, motivó la responsable, **la recurrente pretendió traer a estudio elementos que son posteriores al período investigado**.

4.9. El argumento identificado con el rubro **3.7.4.4.1. Fundamentación y Motivación**, fue calificado como **inoperante por abundar sus manifestaciones y novedoso**, precisando que de conformidad con el artículo 33 bis, fracción IV -sic- de la LFCE, **el momento para manifestarse respecto al dictamen preliminar y los actos procesales previos es el escrito de manifestaciones respectivo**, por lo que, consideró, la recurrente únicamente pretendía **mejorar sus argumentos y agregar otros novedosos, sin combatir la resolución recurrida**.

(…)” (Énfasis añadido)³³

Conforme a lo anterior, el Tribunal Especializado concluyó en el numeral 4 de la Ejecutoria que los conceptos de violación hechos valer por Telcel eran fundados y por lo tanto confirmó la

³³ Páginas 22 a 25 de la Ejecutoria

Sentencia y concedió el amparo solicitado únicamente por lo que hace a Telcel, ordenando dejar sin efectos la Resolución 2012 y emitir una nueva en la que se analizaran de fondo los argumentos señalados anteriormente, quedando sub judice el análisis de los conceptos de violación restantes; al respecto el Tribunal Especializado señaló lo siguiente:

“(…)

4.14. En consecuencia, al ser fundados los conceptos de violación que nos ocupan, procede **conceder el amparo solicitado** a fin de que las autoridades responsables de la COFECO **dejen insubsistente la resolución reclamada** y, en su lugar, **emitan una nueva en la que incluyan el estudio de fondo de los argumentos relacionados en los párrafos anteriores**, sin perjuicio de que resuelva en igual u otro sentido.

4.15. En atención al sentido del fallo, resulta innecesario **el estudio de los restantes conceptos de violación**, considerando, además, que se encuentran dirigidos a controvertir la resolución reclamada en cuestiones que involucran el fondo del asunto que **habrán de quedar sub judice a la nueva determinación que adopte la autoridad competente al ocuparse de los diversos argumentos vinculados al recurso de reconsideración**, de acuerdo a lo antes decretado.

(…)” (Énfasis añadido) ³⁴

Asimismo, el Tribunal Especializado en la Ejecutoria precisó que al haberse concedido el amparo para dejar insubsistente la Resolución 2012 y ordenar la emisión de una diversa donde se analizaran **únicamente los argumentos propuestos por Telcel en el recurso de reconsideración, mismos que perfectamente fueron identificados tanto en la Sentencia como en la Ejecutoria**, lo resuelto por la CFC en relación a los recursos de reconsideración presentados por el resto de los agentes económicos, **deberán subsistir**, debiendo reiterar lo que no fue materia del amparo. Al respecto el Tribunal Especializado señaló:

“(…)

Como se puede advertir, **el amparo se concedió a fin de que se deje sin efectos la resolución reclamada** y, en su lugar, **se emita otra en la que se analicen los argumentos propuestos por la quejosa en el recursos de reconsideración, referidos en la propia sentencia**, lo que implica que, aunque se debe dejar sin efectos dicha resolución, **lo determinado por la responsable en relación con el recurso de reconsideración interpuesto por las ahora terceras perjudicadas debe subsistir al no haber sido motivo del amparo y, por tanto, se debe reiterar en la nueva resolución**, sin que fuera indispensable que el juez hubiese hecho la distinción que alega la inconforme, precisamente, porque no abordó lo relativo a lo considerado y resuelto sobre su recurso.

En otras palabras, **el alcance de la protección federal concedida no puede tener como efecto desconocer lo determinado por la responsable respecto de los recursos distintos al de la quejosa**, al no haber sido materia del juicio constitucional, aun cuando deba dejarse insubsistente la resolución reclamada, pues se debe dictar otra, en la que **se reitere lo que no fue materia del amparo**, no siendo, por tanto, necesario que el juez hubiese hecho la distinción, contrariamente a lo alegado por las recurrentes.

(…)” (Énfasis añadido) ³⁵

³⁴ Páginas 26 de la Ejecutoria.

³⁵ Páginas 61 y 62 de la Ejecutoria.

Por lo tanto, esta autoridad en estricto apego a lo ordenado en la Ejecutoria, en la presente resolución se abocará a la valoración y estudio de fondo de los argumentos señalados en la Ejecutoria, mismos que fueron identificados en la Resolución 2012 como 3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad hoc, inciso A); 3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C); 3.3 Requerimiento de Información y Apercebimientos; 3.5 Cierre de la investigación; 3.7 (sic) Clasificación de Confidencialidad; 3.7.3. Publicación del DP en el DOF; 3.12.4.1 Congruencia, inciso B); 3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, penúltimo párrafo; 3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrída; 3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G); 5.5.1 Análisis Inadecuado de Fijación de Precios; y, 3.7.4.4.1. Fundamentación y motivación; quedando sub judice el resto de los argumentos y conceptos de violación de la Resolución 2012.

Toda vez que la Sentencia hace referencia a numerales específicos de la Resolución 2012, en esta resolución se hará referencia explícita a esa numeración para facilitar la verificación del cumplimiento.

Por lo que hace a las cuestiones expuestas en los recursos de reconsideración interpuestos por el resto de los agentes económicos, éstas subsistirán al no haber sido objeto del amparo y por tanto, se reiteran en la presente resolución. En suma, todo aquello que no haya sido materia del amparo será reiterado.

Por último, derivado del Decreto Constitucional, y al haberse convertido el IFT en la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, misma que sustituye a la CFC para los efectos de la Ejecutoria, con la finalidad de guardar debida congruencia con las competencias actuales del IFT, en algunos casos será necesario hacer adecuaciones a aquellas consideraciones –contestación de manifestaciones- que tanto la Ejecutoria como la Sentencia ordenaron reiterar o dejar subsistente de la Resolución 2012.

c. Por otro lado, cabe señalar que, para efectos del análisis del presente asunto, los agravios de las recurrentes serán agrupados de acuerdo a la temática de los mismos, atendiendo al siguiente orden:³⁶

- Considerando primero: Competencia.
- Considerando segundo: Cumplimiento a la Ejecutoria.
- Considerando tercero: Violaciones procesales.
- Considerando cuarto: Determinación de Mercado relevante.

³⁶ Sirve de sustento 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." Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 830, 2a./J. 58/2010.

- Considerando quinto: Existencia de Poder Sustancial respecto de Telcel.
- Considerando sexto: Insuficiencia de elementos para declarar la existencia de Poder Sustancial respecto de AT&T y Telefónica.

Tercero.- Violaciones procesales

Las recurrentes formularon los siguientes agravios por supuestas violaciones procesales ocurridas en el trámite del Expediente:

3.1. Acuerdo de Inicio

3.1.1. Motivación de facultades discrecionales

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El Acuerdo de Inicio carece de la debida fundamentación y motivación, toda vez que al iniciar de oficio ejerce una facultad discrecional que implica la posibilidad de hacer o no hacer. En el caso concreto, la Comisión no motivó las razones concretas que la llevaron a tomar esa decisión, la necesidad de hacer y el fin de interés público.

El Acuerdo de Inicio deja la posibilidad de modificar la definición de mercado en el DP, lo cual genera inseguridad jurídica, además de investigar varios mercados, cuando la ley sólo permite un procedimiento por cada mercado.

La Comisión no fue imparcial, pues tiene prejuicios sobre Telcel, lo que se derivó de la opinión emitida durante el proceso de la resolución EQLLPN, pues a través de dicha opinión se ha exteriorizado públicamente su intención por regular a Telcel. El acuerdo de inicio en sí mismo constituye un prejuzgamiento, pues de lo contrario no habría necesidad de iniciar el procedimiento.

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Los argumentos en estudio son **inoperantes por reiterativos**. Los argumentos resultan reiterativos de las manifestaciones vertidas sobre el DP, mismas que fueron contestadas puntualmente en la Resolución Recurrída en los siguientes apartados:

"5.1.2 Motivación y fundamentación del acuerdo de inicio."³⁷

"(...) se citan los preceptos legales y reglamentarios que: i) facultan a esta Comisión para iniciar procedimientos tendientes a resolver sobre la existencia de poder sustancial (...); ii) prevén la intervención de la Comisión en la determinación de existencia de poder sustancial en mercados relacionados con las telecomunicaciones (...); iii) prevén las atribuciones del Presidente y del Secretario Ejecutivo de la Comisión (...); iv) facultan al DGMR (...) y v) prevén la publicación de un extracto del acuerdo (...)."

³⁷ Véase numeral 5.1.2, en la página 42 de la Resolución Recurrída.

En relación con la motivación, el acuerdo muestra los elementos que dieron lugar a la investigación: **(i)** hechos referidos por operadores sobre las tarifas y costos los servicios relevantes y **(ii)** lo establecido en la regulación sectorial sobre la terminación y las modalidades EQLLP.

5.1.4 Pluralidad de mercados y posibilidad de modificarlos.³⁸

"(...) En la LFCE y su reglamento no existe disposición alguna que limite o determine el número de mercados objeto de estudio para los procedimientos previstos en los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE (...)

(...)contrariamente a lo afirmado por Telcel, en el acuerdo de inicio del procedimiento no existe una determinación de "mercados relevantes" propiamente dicha, toda vez que al iniciar el procedimiento no se puede anticipar los resultados que arrojará la investigación sobre las dimensiones espaciales (geográficas) y de servicio o producto, así como los demás aspectos que en términos de lo dispuesto en el artículo 12 de la LFCE se requiere tomar en cuenta para delimitar el o los "mercados relevantes" como tales. Por tal razón, cualquier pronunciamiento en ese sentido en el acuerdo de inicio del procedimiento constituiría un prejuzgamiento indebido (...)

Dado que el acuerdo de inicio contiene una indicación general de los mercados objeto de investigación, y una descripción con los puntos clave del procedimiento hasta la etapa de emisión del DP, queda claro que la Comisión procedería a requerir información a las diversas personas relacionadas con el servicio en cuestión (oferentes, demandantes y autoridad reguladora), a fin de obtener los elementos necesarios para identificar adecuadamente los mercados relevantes y presentarlos en el DP con el propósito de recibir las manifestaciones respectivas de los concesionarios involucrados, no procede queja alguna sobre inseguridad jurídica, ya que los AEI evidentemente pudieron conocer la materia de la investigación (...)

5.1.6 Prejuzgamiento en el acuerdo de inicio.³⁹

(...) En este tipo de procedimientos, la Comisión no actúa como autoridad que investiga y sanciona administrativamente violaciones a la LFCE, sino como órgano administrativo especializado en la materia de competencia económica y libre concurrencia que analiza los mercados a fin de declarar la existencia o inexistencia de poder sustancial (...) que Telcel no acredita su dicho, ni en qué consistió el prejuzgamiento de esta autoridad, por lo que su manifestación también resulta inoperable (sic) (...)

5.1.10 Prejuzgamientos en la opinión durante el procedimiento EQLLPN.⁴⁰

(...) aun cuando el presente procedimiento y el desahogo de la consulta tramitada bajo el número de expediente OPN-03-2005, al que se refiere Telcel en el párrafo anterior, tratan aspectos similares relacionados a los STCRM, su naturaleza, fundamentación, objetivos y alcance en realidad difieren sustancialmente. El primero se funda en el artículo 33 bis de la LFCE y tiene como objeto determinar la posible existencia de poder sustancial de mercado (...) el segundo, si bien fue emitido por el Pleno de la Comisión, se sustentó en el artículo 24, fracción VI de la LFCE, vigente hasta antes de la reforma del veintiocho de junio de dos mil seis y versa sobre los aspectos de competencia y libre concurrencia de la Resolución EQLLPN; de tal suerte que el objeto de la opinión no consistió de modo alguno en analizar

³⁸ Véase numeral 5.1.4, en la página 51 de la Resolución Recurrída.

³⁹ Véase numeral 5.1.6 en la página 55 de la Resolución Recurrída.

⁴⁰ Véase numeral 5.1.10 en la página 63 de la Resolución Recurrída.

poder sustancial de mercado respecto de los STCRM. Al respecto cabe precisar, como se señaló anteriormente, que Telcel solicitó la recusación por impedimento del Presidente de esta Comisión, cuestión que se aborda en el numeral 5.1.57 de esta Resolución (...)"

3.1.2. Publicación del extracto del Acuerdo de Inicio en el DOF

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La publicación del Acuerdo de Inicio en el DOF por violar de forma irreparable sus derechos de intimidad y propiedad intelectual, pues se difunde un prejuzgamiento sin haber sido respetada su garantía de audiencia. Aunado a que el procedimiento no ha causado estado y no es susceptible de publicación.

En la Resolución Recurrída (página cincuenta y cinco) la Comisión pretendió que no existía prejuzgamiento, pero es obvio que en la publicación en el DOF existen alusiones negativas.

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

El argumento es **inoperante por reiterativo**. Telcel ya se manifestó respecto a los hechos narrados en el DP, sobre este punto, los cuales ya fueron analizados por la CFC en el apartado 5.1.7 (inexistencia de prejuzgamientos en la publicación del extracto del acuerdo de inicio en el DOF)⁴¹. En ese sentido, no constituyen agravios que puedan producir la modificación o revocación de lo ahí resuelto.

Por cuanto hace a que, en la Resolución Recurrída se pretende que no existen prejuzgamientos ya que, a su decir, existen en la publicación alusiones negativas, debe decirse que el argumento también es **inoperante por manifestaciones genéricas**, toda vez que Telcel no indica en qué consisten las alusiones negativas, o porqué o en qué sentido resultan negativas, ni combate la respuesta brindada por la CFC en la Resolución Recurrída, lo que produce que las mismas sean inatendibles, toda vez que esta autoridad no está facultada para suplir la deficiencia de sus agravios.

3.2. Inmunidad e incompetencia derivada de la regulación sectorial

3.2.1. Incompetencia e inmunidad ad hoc

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.5., de la Ejecutoria: "4.5. (sic) No obstante lo anterior, se advierte que respecto a los argumentos identificados con el rubro 3.2.1. Incompetencia e Inmunidad Ad Hoc, inciso A), la comisión (sic) responsable se limitó a calificar los mismos como

⁴¹ "(...) por ser una cuestión de orden público, en el acuerdo de mérito se establece 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 y, contrario a lo señalado por la manifestante, no se publicó el nombre de su representada, ni se establecieron "implicaciones negativas" de Telcel, como se advierte en el del extracto del acuerdo de inicio (...)" . Páginas 56 y 57 de la Resolución Recurrída.

inoperantes por reiterativos, al considerar que el combate de los argumentos contenidos en el dictamen preliminar y cualquier situación procesal acontecida previo a la emisión de éste, sobre la cual los recurrentes hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse en términos del artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE, debió ser formulado en las manifestaciones al dictamen preliminar, aunado a que, según expuso, no se controvertió la resolución recurrida.” Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo y en su totalidad del argumento planteado en el inciso A).⁴²

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“Carencia de atribuciones y competencia.

La resolución impugnada es ilegal, en tanto que fue emitida por una autoridad carente de atribuciones e incompetente para conocer y resolver el procedimiento.

Además, las consideraciones de la Cofeco a este respecto son ilegales, parciales e infundadas, pues pretende analizar cada párrafo o argumento de los planteados en las manifestaciones de Telcel como cuestiones apartadas, con lo que rompe la continencia de la causa y emite una resolución contradictoria.

Como sea, a pesar de que en la resolución que se impugna se sostenga lo contrario, la CFC carece de jurisdicción y competencia ad hoc para conocer y resolver el asunto materia del procedimiento administrativo, por lo que la Resolución Definitiva que sostiene lo contrario es ilegal, en razón de lo siguiente:

A) Contrariamente a lo que se sostiene en la resolución impugnada, ese acto y el procedimiento DC-07-2007 resultan improcedentes e ilegales en razón de que la Cofeco, que le dio inicio de oficio y que ahora lo ha resuelto, no es autoridad competente para pronunciarse sobre la interpretación y aplicación de las leyes, normas, reglas y servicios de telecomunicaciones en México, tanto como lo no es para juzgar sobre su conveniencia y adecuada aplicación.

Así las cosas, a pesar de lo que sostiene esa Comisión, la verdad de los hechos es que la tramitación y la resolución de este procedimiento resultan violatorios en perjuicio de mi mandante de los artículos 92, 109 fracción III y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 36 de la Ley Orgánica (sic) 1, 2, 3, 41, 42, 60, 63 y demás relativos de la Ley de Telecomunicaciones y 33 Bis contrario sensu de la Ley de Competencia, en virtud de que las razones que pretenden sustentar al procedimiento y su resolución exceden la materia de un procedimiento de competencia económica y propiamente se refiere a cuestiones regulatorias en materia de telecomunicaciones.

De hecho, en la resolución que se combate la Cofeco reconoce que carece de competencia para aplicar e interpretar las normas de telecomunicaciones, más aún para juzgar sobre su conveniencia y sobre la eficacia de su ejecución por los sujetos obligados, pero en lugar de concluir como resultaba lógico que entonces es incompetente y está impedida para pronunciarse al respecto y que, por ende, no podía resolver la materia del procedimiento administrativo, la Comisión pretende variar la materia del procedimiento e intenta dar contextos distintos a materias que sólo admiten una explicación para sostener su competencia a como dé lugar, lo que es ilegal.

⁴² Folios 321 a 341 del Expediente del Recurso.

Si se atiende al contenido del Dictamen Preliminar sobre el cual se formularon manifestaciones que se constituyó en el acto en virtud del cual se fijó la materia del procedimiento, así como a las páginas 117 a 175/423 y 388/423 y siguientes de la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once), en realidad se comprende que no existe en tales actos ni en el procedimiento un análisis de competencia económica propiamente dicho, sino simplemente una serie de consideraciones sobre la manera y términos en que se prestan algunos servicios de telecomunicaciones, la manera en que han sido concesionados y las consecuencias operativas y técnicas de la implementación de las Reglas del Servicio Local y de las Reglas del Servicio de Larga Distancia que ha emitido la Cofetel, en particular por cuanto se refiere a las modalidades del sistema "el que llama paga". De manera tal que, como lo afirmó y demostró mi mandante, la materia del procedimiento DC-07-2007, el Dictamen Preliminar y la resolución que ahora se impugna no son actos propios de una autoridad en materia de competencia económica, sino de una en materia de telecomunicaciones, por lo que son ilegales.

A este respecto, destaco el contenido de la página 132/423 de la Resolución Definitiva, en la que la Cofeco desestima las manifestaciones hechas a este respecto por Telcel, bajo el argumento de que "derivan de una visión parcial e inexacta del contenido del DP, porque en éste si se exponen y analizan a detalle cada uno de los criterios establecidos en la LFCE y su reglamento para la determinación de los mercados relevantes que resultaron de la investigación, y del poder sustancial en los mismos..." para lo cual hace referencia a ciertos apartados de ese acto, tras lo cual concluye que "la revisión del DP evidencia que la COMISIÓN efectuó exhaustivamente el análisis de competencia económica correspondiente, de conformidad con sus atribuciones..."

Tal resolución es ilegal, incongruente e imprecisa, pues basándose en una mención formal de los requisitos que dijo haber satisfecho de los artículos de la LFCE que menciona, la Cofeco omite atender al contenido de los apartados del Dictamen Preliminar y de la propia resolución a que alude, cuyas materias demuestra precisamente que la afirmación de Telcel es cierta: no existe en ellos un análisis propio de la materia de competencia económica, sino una apreciación de situaciones jurídicas y fácticas en materia de telecomunicaciones que son resultantes de la existencia y eficacia de la normatividad sectorial, temas para los cuales carece de competencia la Comisión.

Aunque la Cofeco, el Pleno, su Secretario Ejecutivo y/o el Director General de Procesos de Privatización y Licitación pretendan lo contrario y aleguen una supuesta facultad concurrente, lo cierto es que la materia del procedimiento DC-07-2007 (que, se insiste, iniciaron de oficio las autoridades de competencia económica, sin intervención de las reguladoras en materia de telecomunicaciones) corresponde propiamente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y/o a la Cofetel, pues tanto el Dictamen Preliminar como la resolución que se impugna contienen supuestos motivos y argumentos que se refieren a servicios, elementos, conceptos, convenios, prácticas y sobre todo a la aplicación de reglas emitidas por la Cofetel que son propias de la materia de telecomunicaciones, para los cuales las autoridades de la Cofeco carecen de atribuciones y competencia. Ese es precisamente el sentido y lo que debe de entenderse a partir de la cita parcial del criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizada en la página 54/423 de la resolución que se combate.

Es obvio que todas esas consideraciones en materia de telecomunicaciones trascienden al fondo del procedimiento iniciado, llevado a cabo y resuelto por la Cofeco y, por ello, resulta improcedente e ilegal la resolución que nos ocupa, al ser fruto de un trámite procesal iniciado y resuelto por ella en exceso de los supuestos legales aplicables al caso y por autoridad incompetente para pronunciarse y resolver en materia de telecomunicaciones, particularmente por cuanto al cumplimiento y a las consecuencias materiales de la aplicación de reglas obligatorias emitidas por la Cofetel.

Lo cierto es que en este expediente, desde el acuerdo de inicio del procedimiento y su publicación, se demuestra que lo que la Cofeco ha pretendido es declarar si la aplicación y cumplimiento de las normas que la Cofetel ha establecido sobre la modalidad el que llama paga por parte de los concesionarios de redes móviles de telecomunicaciones ha creado en ellos poder sustancial en los mercados relevantes o, en todo caso, si son insuficientes para que tal situación no exista o se atempere.

De hecho eso se revela ab initio, con la referencia y supuesta motivación de la Comisión a una opinión que emitió sobre la Resolución EQLPN, en el expediente OPN-03-2005, que se suponía era meramente consultivo pero que ahora decidió forzar a través de una declaratoria en contra de los gobernados.

Pues bien, por más que la Cofeco pretenda lo contrario en el discurso contenido en la resolución que se impugna, lo cierto es que habida cuenta que tal modalidad ha sido implantada con base en lo dispuesto por la autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones, precisamente la Cofetel, resulta que la materia de un procedimiento que versa sobre el cumplimiento de tales reglas por parte de los concesionarios tendría que ser de su exclusiva y excluyente competencia.

A eso obliga el principio de legalidad así como el de distribución de competencia y especialidad que impera, particularmente, en el Poder Ejecutivo y que es reconocido en los preceptos legales antes invocados.

También a ello obliga el necesario equilibrio institucional que debe haber entre órganos desconcentrados de la administración pública federal, adscritos a distintos sectores. Por lo demás, en forma incoherente la resolución que se combate sostiene una supuesta facultad "concurrente", pero no se admite que tal concurrencia hubiese requerido el actuar de la autoridad de telecomunicaciones también, lo que no sucede en este procedimiento que la Cofeco inició de oficio y en el que ataca los supuestos efectos económicos de resoluciones emitidas precisamente por la Cofetel.

Se insiste, la resolución que se combate y el procedimiento DC-07-2007 son ilegales porque en realidad las autoridades de Cofeco carecen 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. Ningún precepto, invocado o no, les concede tal atribución.

Se reitera, contrario a lo que se pretende en la resolución combatida con la paráfrasis de preceptos legales y la referencia cruzada a facultades concurrentes que –por lo demás– no se explican de manera precisa ni destacando límites claros, lo cierto es que no existe

precepto legal alguno que permita que cualquiera de las autoridades de la Cofeco se pronuncie sobre la validez, conveniencia, cumplimiento y efectos de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas ya emitidas, publicadas y vigentes en materia de telecomunicaciones, menos aún sobre aquellas emitidas por la Cofetel en ejercicio de sus atribuciones legales, como lo son las resoluciones relativas a la modalidad el que llama paga y el que llama paga nacional, cuya firmeza está probada en autos. Por ello, atento al principio de legalidad que rige a las autoridades, habida cuenta que éstas sólo pueden hacer aquello que la ley les ordena o que específicamente les permite al no existir precepto legal que permita específicamente que exista tal pronunciamiento, ni alguno que se los ordene, resulta incuestionable que la Cofeco carece de atribuciones y de competencia para hacerlo y que, en todo caso, no logró motivar de manera precisa y específica su competencia en el caso.

Además, tampoco existe precepto legal alguno que permita que cualquiera de las autoridades de la Cofeco pueda interpretar conceptos, servicios, convenios, tarifas o prácticas que tienen que ver con la materia de telecomunicaciones. Esto es, con una materia absolutamente diferente y perfectamente distinguible de aquella que específicamente se ha encargado a la Cofeco.

Por tanto, en contra de lo resuelto en el acto que se combate, ninguna de las autoridades de la Comisión tiene facultades (menos aún alguna concurrente, que tendría que específicamente ser señalada en ley para poder subsistir) para pronunciarse sobre temas como la modalidad el que llama paga local, la modalidad el que llama paga nacional, el alcance de las reglas respectivas y su cumplimiento por parte de los concesionarios obligados, la interconexión, la terminación de tráfico conmutado, etc. Esos conceptos e instituciones jurídicas son propios de otra materia o rama del Derecho Administrativo, que es la de Telecomunicaciones, evidentemente distinta y perfectamente distinguible de la rama de la Competencia Económica. En todo caso, además, son cuestiones que derivan específicamente de normas, reglas y resoluciones emitidas por la autoridad competente en esa materia, que es la Comisión Federal de Telecomunicaciones, evidentemente distinta y perfectamente distinguible de la Comisión Federal de Competencia.

De hecho, la incompetencia e impericia de las autoridades de la Comisión en el manejo del Derecho de las Telecomunicaciones, así como su afán crítico respecto de los efectos de una resolución que desde que fue concebida por la Cofetel le causó conflicto, se demuestra en su impreciso análisis del mercado relevante y del supuesto poder sustancial que obra en el Dictamen Preliminar y que se ha confirmado en la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once), en los que se omite destacar y dar efecto al "poco relevante" hecho de la emisión de la regulación por parte de las autoridades competentes del ramo de telecomunicaciones y llegan a afirmarse falacias y argumentos circulares.

Así las cosas, la resolución que se combate es violatoria de los preceptos aludidos y del artículo 92 de la Constitución. En efecto, en virtud del principio de distribución de competencias especializadas que deriva del artículo 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si existe una materia cuyos conceptos, elementos y extremos son competencia específica de una dependencia o entidad dentro de la Administración Pública, entonces será ella y solo (sic) ella la que pueda referirse a esos temas y emitir actos

de autoridad respecto de los particulares con base en ellos, así como hacer cumplir y velar por los efectos que produzcan la regulación que al efecto pueda emitir, con exclusión de las otras autoridades. Igualmente, es la autoridad específicamente competente quien debe velar, responder y en su caso pronunciarse sobre los efectos surgidos de sus resoluciones y de las reglas que emita, con exclusión de otras autoridades administrativas.

Ello se explica, sobre todo, en el Derecho Administrativo y en la estructura de la Administración Pública que define la misma Constitución, en virtud de la amplitud de ramas que lo integran y que, por su complejidad, merecen conocimientos específicos y especializados por parte de las autoridades específicamente encargadas, así como responsabilidades indudables.

Ahora bien, fue al tenor de este principio que se emitió y reformó la Ley Federal de Telecomunicaciones y el resto de las normas jurídicas sobre esa materia, a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y de las que se creó la Comisión Federal de Telecomunicaciones, como autoridades ad hoc.

De tales normas se desprenden servicios, calificaciones, modalidades, prohibiciones, peticiones, obligaciones, prácticas, conductas y elementos sobre esa materia. De ahí que pudieran emitir las resoluciones relativas a la modalidad el que llama paga y hacerlas exigibles, para todos sus efectos. Ello demuestra que las autoridades de Cofeco carecen de atribuciones para iniciar, resolver y pronunciarse en materia de telecomunicaciones, como evidentemente lo han hecho en este expediente DC-07-2007, lo que en realidad corresponde a otras autoridades, particularmente por cuanto a los efectos legales y materiales que pueda tener el otorgamiento de concesiones en la materia y la eficacia de las reglas sectoriales emitidas por la Cofetel, como lo son las relativas a las modalidades el que llama paga.

Así las cosas, si la base de la determinación de los supuestos mercados relevantes y del poder sustancial en ellos, los extremos y argumentos con base en los cuales se declaró preliminarmente a Telcel como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en redes móviles a otros concesionarios según las Reglas del Servicio Local y la modificación a las Reglas del Servicio de Larga Distancia en términos de las modalidades el que llama paga, versan precisamente sobre los pretendidos efectos de esas resoluciones y sobre concesiones, conceptos y reglas propios de la materia de telecomunicaciones, entonces no cabe duda que las autoridades de la Cofeco no debían ser quienes los aplicaran y se pronunciaran al respecto en perjuicio de mi mandante, pues carecen de atribuciones en tal materia.

En efecto, la Cofeco no es el órgano encargado de pronunciarse, opinar o resolver en materia de telecomunicaciones, ni para calificar los efectos de normatividad emitida por la Cofetel, menos aún si lo hace para afectar la situación jurídica de particulares porque han cumplido o aprobado las órdenes expedidas por la autoridad reguladora en la materia, ya sea en normas generales -como lo son las Reglas del Servicio Local y del Servicio de Larga Distancia, por cuanto a la modalidad el que llama paga se refiere-, en las concesiones otorgadas por cuanto al servicio de telefonía local móvil, o bien las actividades permitidas y valoradas, como es el caso de Telcel.

Al referirse a los efectos de las resoluciones de Cofetel aludidas así como a conceptos tales como la modalidad el que llama paga local, la modalidad el que llama paga nacional, el alcance de las reglas respectivas y su cumplimiento por parte de los concesionarios obligados, la interconexión, la terminación de tráfico conmutado, etc., que no están regulados ni definidos por la Ley de Competencia sino que se desprenden de cuerpos legislativos diversos, entonces, cuando menos, se debía invitar las razones, interpretaciones, motivos y opiniones de la autoridad del ramo en la resolución que se combate o acreditar la supuesta concurrencia, lo que no sucedió. Al no haberlo hecho, es evidente que tal acto carece de fundamentación y motivación.

No basta, pues, con citar en forma equívoca algunos preceptos legales o reglas en forma aislada, como lo pretende la Cofeco en la resolución, ni menos aún con mencionar que hay información confidencial aportada por la Cofetel, pues ello no satisface las exigencias de ley al respecto de cara a un gobernado a quien se califica y desvalora en un procedimiento.

Es falso que en virtud de lo dispuesto en la Ley de Competencia, la Comisión pueda pronunciarse por sí y ante sí sobre todos los conceptos, elementos y temas constantes en el Dictamen Preliminar y en la resolución que se combate, como lo es que las disposiciones a las que efectivamente acudió sirvan de sustento normativo para tales consideraciones. Ello se demuestra, por ejemplo, con el hecho de que la Cofeco soslaya el que la adopción de la modalidad el que llama paga, ya local, ya nacional, se debe a decisiones normativas y vinculantes para los concesionarios de la autoridad reguladora.

Tampoco es cierto que eso se desprenda del texto del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones, que al contrario, remite a la legislación de competencia expresamente.

Por lo antes expuesto, es evidente que -contrariamente a los sostenido por el Pleno de la Cofeco en la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once)- este procedimiento, el Dictamen Preliminar y la propia resolución final han sido iniciados y emitidos por una autoridad que carece de atribuciones y de competencia para pronunciarse sobre la materia que pretende, por lo que resultan ilegales e improcedentes.

La Cofeco sabe y reconoce tanto en el Dictamen Preliminar como en la Resolución Definitiva que su actividad propia en relación con la Resolución el que llama paga nacional se agotó con la emisión y difusión de su opinión dentro del procedimiento en que ello le fue consultado (OPN-03-2005) -que invoca como el primero de los antecedentes en el acto que se impugna-, por lo que no debió pretender, en fraude del espíritu de la ley, imponer su visión respecto de tal acto regulatorio de la Cofetel y los efectos que dice ha producido su cumplimiento a través de este procedimiento, ya que el procedimiento de declaratoria de poder sustancial de la LFCE no está previsto para esos efectos ni para dar eficacia paralela a las consideraciones que entonces emitió en relación con tal acto normativo de la Cofetel, pues además no puede pretender ir más allá de las normas que rigen su actuar so pena de exceder sus facultades legales.

Aunque falazmente busque sostener lo contrario, por más que se considere como un regulador horizontal, la Cofeco no es órgano de revisión de normas y reglas expedidas por otras autoridades administrativas, como son las Reglas del Servicio Local y las Reglas del

Servicio de Larga (sic) expedidos por Cofetel, ni de sus efectos por cumplimiento, que es lo que en realidad ha hecho en este procedimiento en relación con la modalidad el que llama paga que se desprende de ellas. Tampoco es autoridad competente para juzgar a los gobernados sujetos a tales normas por su cumplimiento, ni por los efectos que cumplir las reglas tuviesen, menos para cuestionar o etiquetar como contrarios al proceso de competencia los actos lícitos de explotación de las concesiones otorgadas por el Gobierno Federal.

Para ello, el procedimiento en el que la Cofeco, con palabras distintas, pretende alcanzar esos fines, es improcedente, como es ilegal el acto que lo resuelve por haber sido emitido por autoridad incompetente.

A este respecto es menester hacer referencia a lo resuelto, como marco general, en el apartado 5.1.28 de la Resolución Definitiva que se combate, que resulta impreciso e ilegal y al que le son aplicables los argumentos planteados en este concepto de agravio y en el siguiente (pues en realidad su contenido y sentido se repite reiteradamente a lo largo de la resolución).

Al pronunciarse sobre "las relaciones entre la regulación sectorial y la legislación en materia de competencia", esa Cofeco sostiene en general que los argumentos de Telcel son resultado de "una apreciación incorrecta de la manera en que convergen las legislaciones sectorial y de competencia dentro del procedimiento para declarar la existencia de poder sustancial que establece la LFCE, y del análisis de competencia económica contenido en el DP." Y continúa:

"En primer lugar es necesario aclarar que en el DP se advirtió que la LFT, las RSL y RSLD incluyen medidas que responden a la necesidad de regular de manera ex ante el dominio que los concesionarios tienen sobre las RPT que son de su propiedad y, por tanto, a servicios e insumos esenciales para el desarrollo de las telecomunicaciones nacionales y del bienestar social. A través de esa regulación ex ante se establecen obligaciones a la totalidad de concesionarios, para: i) asegurar que todos los habitantes del país puedan comunicarse entre sí, sin importar cuál sea el concesionario que les preste servicios; ii) incentivar la diversidad de la oferta de servicios de telecomunicaciones, en las mejores condiciones de precios, calidad y permanencia para todos los usuarios (finales e intermedios), y iii) facilitar el desarrollo de mercados en los que puedan haber presiones competitivas, ya que ello promueve la innovación, eficiencia y mejores servicios para los consumidores, entre otros objetivos. La regulación ex ante se aplica a todos los concesionarios a través de sus títulos de RPT y de otros instrumentos regulatorios, en los que se señalan, por ejemplo, las obligaciones de interconexión, interoperabilidad, acceso o servicios, trato no discriminatorio, contabilidad separada, etc. Estos objetivos, que son del conocimiento público, han sido manifestados por la SCT y la COFETEL en una multiplicidad de documentos, y se desprenden fácilmente de la lectura íntegra de la regulación en materia de telecomunicaciones antes referida. (...)

Así, la normatividad sectorial ex ante aplicable a TELCEL y a los demás CONCESIONARIOS SLM, consiste en reglas que tienen por objeto lograr el mejor funcionamiento de todas las redes de telecomunicaciones del país y la eficiente comunicación entre todos sus habitantes. Destacan por supuesto la obligación de interconexión y los principios para proporcionarla..., las funciones que se derivan del uso de los elementos de red... y, en el caso de EQLLP, la obligación de los concesionarios que prestan servicios locales, tanto fijos como móviles, de implantar esta modalidad. Es de señalar que lo referido en este párrafo y en el inmediato anterior se encuentra debidamente referido y considerado en los numerales... del DP.

La normatividad antes indicada no limita, por otro lado, el derecho instituido en la legislación del sector de telecomunicaciones de establecer y pactar libremente precios y tarifas de los servicios que ofrezcan, correspondiendo a la autoridad reguladora únicamente el registro de las mismas. Entre las salvedades a estas libertades, como se mencionó anteriormente, se encuentra el artículo 63 de la LFT y el capítulo V de las RSL, para los CONCESIONARIOS RPT que tengan poder sustancial según lo determinado conforme a la LFCE por la COMISIÓN. Solamente en esta circunstancia es legalmente posible la aplicación de regulación sobre precios, calidad e información para el servicio que haya quedado comprendido en el mercado relevante para el cual se emitió la declaratoria. Por tanto, resulta imposible considerar que la regulación que en su caso llegara a aplicar la autoridad sectorial a los CONCESIONARIOS SLM, como consecuencia del presente procedimiento administrativo, se derive o sea consecuencia directa del cumplimiento de la regulación ex ante.

Ahora bien, a través del procedimiento administrativo establecido en el artículo 33 bis, de la LFCE se investiga la forma y lugar en que se ofrecen y demandan determinados bienes o servicios, la existencia de otros bienes, o servicios que cubran la misma necesidad de los usuarios respecto de aquellos que son objeto del estudio, el número de proveedores del bien o servicio objeto del estudio, y los demás elementos que, de conformidad con la LFCE, permitan conocer la estructura del o de los mercados resultantes en cuestión y la forma en que interactúan oferentes y demandantes de los mismos, Lo anterior, con el objeto de determinar si en cada mercado analizado se encuentra algún agente económico que tenga la capacidad para fijar precios o restringir el abasto de manera unilateral, para lo cual se estudian los elementos que influyen en el origen y capacidad para ejercer dicho poder. En suma, el procedimiento de declaratoria tiene como propósito identificar la forma en que funcionan el o los mercados relevantes que resulten de la investigación, y si existe algún o algunos agentes con poder sustancial; en otras palabras, se trata de conocer el estado en que se encuentra, en los mercados sujetos a análisis, la competencia y la libre concurrencia, y las causas de la situación que al respecto resulte.

Es claro, por tanto, que del presente procedimiento no emanan ni se sugieren reglas a las que deban ajustarse los CONCESIONARIOS SL y, tampoco se busca imponerles restricciones, perjuicios o sanciones, ni proponer o sugerir modalidades de la regulación, ya que su objetivo es única y exclusivamente determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes, que permita la activación de la facultad que la LFT prevé para que la autoridad sectorial decida si procede el establecimiento de regulación específica en materia de precios, calidad o información a la prestación del STCRM en los mercados relevantes definidos por la COMISIÓN y a los agentes económicos que tengan poder sustancial de conformidad con la legislación de competencia. Lo anterior con estricto apego a las atribuciones conferidas a esta autoridad en la LFCE y el artículo 63 LFT.

Por otra parte, la normatividad específica que el regulador sectorial llegara a imponer a partir de la declaratoria de poder sustancial, ni podría aplicarse a mercados distintos a los mercados relevantes determinados en la declaratoria, y los conceptos a regular sólo podrían ser los determinados en el artículo 63 de la LFT, en los términos ahí indicados. De lo anterior sigue que no se pueden desprender restricciones, perjuicios ni consecuencias negativas o lesivas para TELCEL ni que tenga que dejar de cumplir con las obligaciones establecidas en sus títulos de concesión o con la reglamentación sobre las modalidades EQLLP... Tales apreciaciones de TELCEL tampoco son correctas, porque el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE no es uno en el que la COMISIÓN realice funciones tendientes a imputar responsabilidades por violaciones a la LFCE, y mucho menos promover el incumplimiento de la regulación sectorial pues... la resolución que emita el Pleno de la COMISIÓN dentro del expediente en que se actúa, solo (sic) tiene por objeto declarar si existe o no poder sustancial en los mercados relevantes.”

Además, en la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once), el Pleno de la Cofeco sostiene lo siguiente:

“Por otra parte, contrariamente a lo manifestado 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 presente procedimiento, en términos de la normatividad que a continuación se señala:

i. La fracción XI del artículo 9 A de la LFT que señala que será 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”, de manera que se reconoce que el poder sustancial que exista en un mercado relevante sólo puede corresponder a aquél que se determine en términos de la LFCE. Con lo anterior se legitiman las facultades de la COMISIÓN en la determinación de poder sustancial de mercado, porque solo (sic) así la COFETEL podría establecer las obligaciones específicas referidas.

ii. 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...”, para ello, resulta necesario que dicho poder sea previamente determinado por la autoridad competente.

iii. Asimismo, las RSL también reconocen la competencia de la COMISIÓN sobre este particular al señalar en su Regla Trigésima primera 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”.

iv. Por otra parte, la fracción V del artículo 24 de la LFCE, establece que la Comisión 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 administrativos;” Conforme a lo anterior, de forma expresa la LFCE, faculta a la COMISIÓN para que sea esta autoridad y no otra, quien resuelva 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.

v. El artículo 33 bis de la LFCE establece el procedimiento específico que debe seguir la COMISIÓN para emitir, en su caso, la declaratoria respecto al poder sustancial 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”. Esta situación actualiza lo expresamente señalado en la normatividad sectorial a que se hace mención en los incisos i) al iv) que anteceden.”

La normatividad antes citada muestra con toda claridad que no existe la invasión de competencias que alega TELCEL, por lo que no puede pasar por alto o pretender desconocer la

fundamentación que otorgan tanto la LFCE, como la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones, para que la COMISIÓN sea el órgano competente para llevar a efecto los procedimientos que permitan determinar poder sustancial de mercado en materia de telecomunicaciones. Asimismo, es de reiterar que las normas sectoriales se deben tomar en cuenta en el análisis de competencia que se efectúa dentro de este procedimiento, por mandato establecido en los artículos 12 y 13 de la LFCE, lo cual se explica con mayor detalle en el numeral 5.1.31 de esta resolución.

(...)

Para el caso de los STCRM en particular, este AEI pone en tela de juicio las atribuciones de la COMISIÓN para llevar a cabo el procedimiento de declaratoria de poder sustancial, sosteniendo que esta autoridad:...

Asiste la razón a TELCEL al señalar que esta COMISIÓN no tiene facultades para interpretar normas de telecomunicaciones. Sin embargo, TELCEL no explica por qué estima que esta autoridad incurrió en tal proceder y no indica en qué apartado, inciso, párrafo o numeral del DP la COMISIÓN interpretó y aplicó la normatividad en materia de telecomunicaciones. (...)"

Tal resolución que se impugna es antijurídica, en primer término porque los preceptos que menciona la Cofeco resultan contrarios a la Constitución y violatorios de garantías; en segundo lugar, también lo es porque aun considerando tales preceptos, la Cofeco no ha fundado ni motivado adecuada, precisa y estrictamente su competencia en la especie para la materia y fines específicos del DC-07-2007; y, finalmente, es ilegal e implica una denegación de justicia porque en el final de la cita se niega que mi mandante hubiese hecho valer y demostrado las causas de la incompetencia apuntada a partir del contenido del Dictamen Preliminar, lo que es falso pues en el escrito de manifestaciones de Telcel las referencias son evidentes, exactas y precisas.

Desde luego, la interpretación de la Cofeco sobre (sic) artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones y su pretendida sumisión a la Ley de Competencia, en la manera y términos que lo pretende, resulta inadecuada. Lo cierto es que del texto de ese precepto legal no se desprende competencia o atribución alguna a favor de la Cofeco, autoridad que ni siquiera se menciona en tal disposición. Menos aún se atribuye a la Cofeco ahí facultad para iniciar de oficio y resolver por sí y ante sí un procedimiento de declaratoria de poder sustancial.

Lo mismo debe decirse de lo dispuesto en el artículo 9 A, fracción IX, (sic) de la propia Ley de Telecomunicaciones, que lo único que "reconoce una vez más" son atribuciones de la Cofetel -no de la Cofeco- y cuyo texto no deja lugar a dudas sobre la correcta interpretación instrumental que ha expuesto Telcel en el procedimiento y que ha sido indebidamente soslayada en la resolución combatida bajo meras reiteraciones. Por lo demás, por más que busque lo contrario en la resolución que se combate, la Cofeco no es lo mismo que la Ley de Competencia; no cabe identificarlos; no son sinónimos; menos aún para los alcances concretos que esta autoridad pretende en el presente caso.

Por lo demás, las reglas y normas secundarias que exceden los términos de la Ley de Telecomunicaciones resultan abiertamente contrarias a la Constitución, como es el caso de las Trigésima Primera Regla del Servicio Local. Pero tampoco sustentan la competencia que pretende esa Comisión en concreto.

Lo cierto es que la Ley de Competencia es para el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones un ordenamiento instrumental, adjetivo, es un medio para alcanzar un fin, lo que de ninguna manera demuestra estrictamente -ni siquiera implica- que con ello se atribuya competencia específica para este caso a la Cofeco ni que se someta tal ley especial de la materia de telecomunicaciones a lo que sostenga la Ley de Competencia, menos aún a las autoridades que ésta contemple. Esa instrumentalidad se reconoce con claridad, en los postulados de los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE, que por cierto se citan en la resolución impugnada.

Así, lo que establezca la Ley de Competencia sobre las facultades de autoridades de la Cofeco en relación con la declaratoria de poder sustancial, de ninguna manera afecta la materia del argumento de defensa planteado por Telcel ni hace que pierda fundamentación, pues ello no puede rebasar lo que establecen el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones y demás disposiciones de esa materia, las que no atribuyen competencia para resolver sobre tal declaratoria a la Cofeco por sí y ante así, mucho menos cuando se trate de procedimientos que se inician sin intervención ni solicitud de la autoridad reguladora de la materia.

Esto es, digan lo que digan los preceptos en materia de competencia (cuya constitucionalidad no se reconoce), lo cierto es que esos medios o instrumentos adjetivos dependen de la legislación de telecomunicaciones, y esta legislación no le concede atribuciones a la Cofeco para iniciar de oficio, tramitar ni resolver un procedimiento de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes de telecomunicaciones que comienzan a instancia única de esa Comisión como entidad distinta de la Cofetel, ni menos aún para que se pronuncie sobre los efectos de las resoluciones normativas dictadas por la Cofetel, ni sobre materias, temas y contenidos propios de la materia de telecomunicaciones en un procedimiento que inició por sí y ante sí.

De manera tal que lo resuelto por la autoridad para tratar de acreditar su competencia en la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once) resulta impreciso e ilegal, pues es insuficiente la mera cita de preceptos y lineamientos generales y abstractos para sostener las atribuciones que pretende en el presente caso concreto.

Así las cosas, ninguno de los preceptos a que alude le confieren atribuciones a la Cofeco para: (i) resolver un procedimiento de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes de la materia de telecomunicaciones que fueren iniciados a solicitud de sujeto distinto de la Cofetel, pues tal situación no se desprende de la legislación en materia de telecomunicaciones; ni (ii) para iniciar de oficio y resolver un procedimiento iniciado de oficio de declaratoria de poder sustancial en términos para efectos del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones; ni (iii) para resolver, estudiar, analizar o pronunciarse sobre (sic) efectos del cumplimiento de resoluciones normativas emitidas por la Cofetel, ni sobre temas, cuestiones, normas, figuras y elementos técnicos propios de la materia de telecomunicaciones en ese contexto.

Luego entonces, la Cofeco carece de competencia en la especie y, por lo tanto, la resolución que sostiene lo contrario y desestima las defensas planteadas por Telcel es ilegal y debe quedar insubsistente, al igual que el procedimiento DC-07-2007.

Desde luego, los argumentos de impugnación hechos valer en este agravio son aplicables a las consideraciones contenidas a páginas 53 y 52/423 de la resolución que se combate, en relación con la pretendida legalidad del acuerdo de inicio del procedimiento, en la que la Cofeco citando los mismos artículos antes mencionados pretende sostener sus atribuciones para dar inicio al expediente que nos ocupa.

Ahora bien en la resolución, la Cofeco pretende que se está en presencia de facultades “convergentes” y que después corrige llamándoles concurrentes, entre esa autoridad de competencia económica y la de telecomunicaciones. Sin embargo su razonamiento resulta inexacto e indebido pues, por un lado, para que existiera esa convergencia o concurrencia de atribuciones sería necesario que las suyas para iniciar, tramitar y resolver de oficio un procedimiento como éste fuesen expresas, cosa que no sucede –como se ha visto-; y por otro, la pretendida convergencia que alega esta Cofeco en realidad significaría el sometimiento de la Cofetel a sus designios en los casos concretos, pues en realidad esta autoridad ha resuelto que la actividad de la Cofetel sólo sirve ex ante y que las resoluciones mediante las cuales esa autoridad reguladora de telecomunicaciones estableció las modalidades el que llama paga nacional para los concesionarios han producido el efecto de que los concesionarios del servicio local móvil tengan poder sustancial en los mercados relevantes a que se refiere la resolución impugnada (“el estado en que se encuentra en los mercados sujetos a análisis, la competencia y la libre concurrencia, y las causas de la situación que al respecto resulte”), ergo han sido contrarias a la sana competencia y concurrencia, o cuando menos insuficientes ex post. No hay, pues, tal convergencia ni concurrencia. Hay una revisión.

A este respecto, desde luego, su determinación es infundada porque no existe artículo legal, menos aún fundamental, alguno que permita la distinción ex ante frente a ex post que en la Resolución Definitiva se pretende, cosa que es suficiente para que quede insubsistente.

Además, en lo formal, el concepto de concurrencia de la Comisión es, por ende, inexacto e incorrecto, como lo es el resultado que a partir de ahí pretende obtener. En lo material, el uso de la palabra convergencia o concurrencia es simulado, pues en este caso la Cofeco pretende actuar ex post en revisión de la labor reguladora ex ante de la Cofetel, lo que no le está permitido y es la base de la incompetencia planteada en este expediente concreto.

No hay concurrencia implícita que se permita en un sistema de distribución de atribuciones de las autoridades bajo el estricto principio de legalidad que les rige. Pero, además, la concurrencia que pretende es absurda. Esa autoridad pretende ahora que ambas comisiones (sic) podrían llevar a cabo el pronunciamiento que en este expediente pretende realizarse, lo que conduce a la incertidumbre, inseguridad e ilegalidad que precisamente han motivado los argumentos de defensa de Telcel.

El fragmentado de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se cita en la página 54/423 lejos de sostener o fundar la competencia de la Cofeco en el caso que nos atañe, lo que establece es que no resulta inconstitucional la Ley Federal de Telecomunicaciones por permitir que la Cofetel resuelva y considere los conceptos de la Ley de Competencia. No hay, pues, mención que atribuya competencia a la Comisión de Competencia en el caso ni que la sustente como pretende.

De cualquier manera, es ilegal que la Cofeco pretenda sostener su competencia en este procedimiento que inició de oficio y en el que por sí y ante sí ha definido los mercados y servicios relevantes y el resultante poder sustancial como lo ha hecho, bajo la idea de la supuesta convergencia de atribuciones ex ante de la Cofetel y supuestamente ex post de la Cofeco.

Si tal planteamiento de distribución de atribuciones en abstracto fuese válido, entonces la conclusión necesaria es precisamente la que Telcel ha planteado en este expediente: en el caso no se puede surtir la pretendida atribución ex post de la Cofeco, pues de oficio ha pretendido analizar y resolver el resultado del ejercicio de las atribuciones ejercidas ex ante por la Cofetel en sus actos administrativos de otorgamiento de concesiones y de emisión y ejecución de las reglas sobre las modalidades el que llama paga nacional, todo ello para que –so pretexto de situaciones que considera contrarias a la libre competencia surgidas de esa situación regulatoria- la Cofetel emita una regulación adicional y específica a los concesionarios del servicio local móvil.

Esto es, el supuesto argumento de la Cofeco para sostener sus atribuciones en el caso demuestra que carece de ellas, por lo que la Resolución Definitiva debe quedar insubsistente.

Suponiendo sin conceder que esa distinción de tiempos fuese válida, es falso que en este caso concreto el escenario ex post que activaría el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones hubiere surgido o se derive del ejercicio de las libertades de los concesionarios a que de manera general alude la Cofeco en la página 119/423 de la Resolución Definitiva, pues no ha sido ese ejercicio el parámetro para la determinación del mercado relevante, ni de los servicios relevantes, ni del poder sustancial. Por el contrario, precisamente esos elementos han sido definidos por la Cofeco, prescindiendo de conducta alguna de los concesionarios (esto es, sin ejercicio de libertades) y con única base en los efectos y consecuencias de la aplicación de la regulación ex ante.

Finalmente, destaco que entre tanta contradicción, la Cofeco ha confirmado el argumento de defensa vertido por Telcel, aunque pretenda después desestimarlos. En la página 120/423 reconoce la instrumentalidad de sus atribuciones respecto del supuesto del artículo 63 de la Ley de telecomunicaciones a que alude. Con ello, reconoce la improcedencia de que la propia Cofeco hubiese iniciado y resuelto de oficio este procedimiento, sin petición de la Cofetel. Además, llama la atención el reconocimiento de la falta de necesidad y de causa final de este procedimiento: sostiene la Cofeco que su declaratoria no necesariamente tendría efectos, que no sirve de nada, pues dependerá de la Cofetel lo que pase. Pues bien, sobre las modalidades el que llama paga y sus efectos, la Cofetel ya se pronunció, las impuso y defendió ex ante, ¿entonces?”

Como se puede observar de la transcripción anterior, Telcel manifestó en síntesis que la Resolución Recurrída es ilegal, toda vez que considera que ésta y el Dictamen Preliminar fueron emitidos por una autoridad carente de jurisdicción y competencia ad hoc para conocer y resolver sobre el asunto materia del Expediente.

En el inciso A) de este argumento, Telcel medularmente sostiene que:

La Resolución Recurrída es improcedente e ilegal en razón de que la CFC no es una autoridad competente para pronunciarse sobre la interpretación, aplicación y conveniencia de las

leyes, normas, reglas y servicios en materia de telecomunicaciones, lo cual resulta violatorio de lo dispuesto en los artículos 92, 109, fracción III, y 113 de la CPEUM; 36 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 1, 2, 3, 41, 42, 60, 63 y demás relativos de la LFT y 33 bis contrario sensu de la LFCE, en virtud de que las razones que pretenden sustentar al procedimiento y su resolución exceden la materia de un procedimiento de competencia económica y se refieren a cuestiones regulatorias en materia de telecomunicaciones.

Lo anterior –a juicio de Telcel- se evidencia con el hecho de que ni la Resolución Recurrída ni el DP, contienen un análisis de competencia económica propiamente dicho, sino solamente una serie de consideraciones sobre la materia de telecomunicaciones. Asimismo afirma que la Resolución Recurrída es ilegal, incongruente e imprecisa, pues aunque la Comisión alegue una supuesta facultad concurrente, lo cierto es que la materia del Expediente corresponde a la SCT y/o a la Cofetel, pues se refieren a servicios, elementos, conceptos, convenios, prácticas y sobre todo a la aplicación de reglas en materia de telecomunicaciones, para los cuales las autoridades de la CFC carecen de atribuciones y competencia, por ello, resulta improcedente e ilegal, al ser fruto de un trámite procesal iniciado y resuelto por autoridad incompetente para pronunciarse y resolver en materia de telecomunicaciones.

Al respecto, este Instituto encuentra el argumento anterior como **infundado**, en virtud de los siguientes razonamientos:

I. Es cierto -como lo plantea Telcel- que el presente procedimiento versa sobre cuestiones relativas a mercados relacionados con la prestación de servicios de telecomunicaciones, regulados en ese entonces por la extinta Cofetel; sin embargo, contrario a lo manifestado por dicho agente económico, la entonces Comisión sí se encontraba debidamente facultada para tramitar y sustanciar el Expediente de conformidad con la normatividad aplicable al mismo, esto es, de acuerdo con la LFCE y la LFT, la cual establecía:

- La fracción V, del artículo 24, de la LFCE preveía que la Comisión se encontraba 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; (...)”. De acuerdo a lo anterior –y en atención al principio de legalidad manifestado por Telcel-, es la propia LFCE quien de manera expresa facultó a la CFC para que fuera ésta y no otra autoridad, quien determinara y resolviera sobre la existencia de poder sustancial en un mercado determinado, independientemente del sector de que se trate, y de que en este exista o no un órgano regulador. Con estrecha relación, debe hacerse énfasis en el hecho de que el precepto normativo a la letra establece “(...) a que hacen referencia esta u otras leyes (...)”. Dentro de ese conjunto de “otras leyes” destaca el artículo 63 de la LFT que dispone que la SCT estará facultada para establecer obligaciones específicas a los agentes económicos que tengan poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la LFCE. Por lo anterior, lejos de que el artículo 63 de la LFT dé la razón a Telcel, corrobora que la CFC contaba indiscutiblemente con las atribuciones para resolver el asunto tramitado en el Expediente.
- Ahora bien, el artículo 33 bis de la LFCE prevé el procedimiento específico que debía seguir la Comisión para sustanciar y emitir, en su caso, la declaratoria de poder sustancial a que se hace referencia en 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 (...). Es relevante que el legislador haya establecido un procedimiento para emitir una declaratoria de poder sustancial en la LFCE que creó a la CFC y que un procedimiento para el mismo fin no haya sido colocado en el documento de creación de ningún otro órgano regulador. Asimismo, de conformidad con la normatividad aplicable al procedimiento tramitado en el Expediente, la autoridad de competencia estaba concebida como una autoridad que permeara a todos los sectores y que no estuviera ubicado en un sector en específico.

- Por su parte el artículo 9-A, fracción XI, de la LFT establece la atribución de la Cofetel para 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.**", en este tenor se reconoce la posibilidad de que en materia de telecomunicaciones exista un mercado relevante en donde participe un agente económico –concesionario- con poder sustancial, con el requisito que dicho mercado relevante se haya determinado de conformidad con lo dispuesto por la LFCE y sea realizado por la autoridad competente para ello, esto es, por la Comisión. Con base en lo anterior, se legitiman las facultades con las que contaba dicha autoridad para efectuar la determinación de poder sustancial de mercado, porque de esta manera la Cofetel –autoridad competente en ese momento- en su caso, podría establecer las obligaciones específicas que correspondieran.
- En concordancia con la disposición anterior, el artículo 63, de la LFT señala que la facultad con la que contaba la SCT 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 (...)**". Para ello, resulta evidentemente necesario que dicho poder sustancial deba ser determinado previamente por la autoridad competente para ello, es decir, por la CFC pues como se mencionó anteriormente es a ella quien la propia LFCE faculta para tal efecto.
- Incluso, las RSL reconocían la competencia de la Comisión sobre este particular al señalar en su Regla Trigesimaprimerá 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 (...)**". (Énfasis añadido)
- Finalmente, conforme a la exposición de motivos de la LFCE aplicable al procedimiento tramitado en el Expediente, es factible concluir que el legislador no tuvo otra intención más que la CFC se encargara de resolver sobre condiciones de competencia efectiva. Incluso, es factible afirmar que el legislador, en aquel momento, se opuso a que los reguladores sectoriales resolvieran sobre condiciones de competencia. Para una mejor exposición se transcriben las consideraciones del legislador.

"(...)

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**; (...)"⁴³(Énfasis añadido)

De lo transcrito, es factible concluir que el establecimiento de un procedimiento para resolver entre otras sobre la existencia de poder sustancial, tuvo como antecedente el riesgo de que la autoridad reguladora del sector tomara una decisión contraria al proceso de competencia y libre concurrencia. Por tal motivo, sería la autoridad competente en la materia la única con atribuciones para resolver sobre condiciones de competencia y existencia de poder sustancial. Sobre las premisas aludidas, caen de base los argumentos de Telcel.

Conforme al análisis efectuado a las disposiciones legales señaladas en párrafos precedentes -vigentes al momento de sustanciarse el Expediente-, es de concluir que, el iniciar un procedimiento en el que se investigue y determine la existencia de condiciones de poder sustancial era 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 alguno para que la Comisión diera inicio al citado procedimiento.

Ahora bien, respecto a la manifestación de Telcel, mediante la cual cuestiona la constitucionalidad de las normas previamente citadas, debe señalarse que esta autoridad carece de competencia legal para realizar el análisis respectivo, toda vez que corresponde en exclusiva al PJP conocer sobre cuestiones de constitucionalidad, limitándose este IFT únicamente a analizar su debida aplicación. Sin embargo, no está por demás recordar a Telcel que ya cuestionó la constitucionalidad de las RSL y, al respecto, la Segunda Sala de la SCJN mediante sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil quince emitida

⁴³ Gaceta del Senado del veintisiete de julio de dos mil seis. LIX/2SPR-13/5790. Disponible para consulta en la siguiente página de internet: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=5790>

dentro del juicio de amparo en revisión 136/2014,⁴⁴ le negó el amparo y protección de la justicia federal.

Con esta situación resulta evidente que incluso la normatividad sectorial, facultada el actuar de la CFC en procedimiento como el del Expediente. Es decir, con la normatividad previamente referida se demuestra que la Comisión era el órgano competente para dar inicio y sustanciar los procedimientos que permitieran determinar poder sustancial de mercado en materia de telecomunicaciones, de ahí que lo planteado por Telcel, sea **incorrecto**, pues los ordenamientos referidos respetan las garantías constitucionales que Telcel estima violadas en su perjuicio, pues en ellos se prevén los términos y condiciones del actuar al que se sujetaron tanto la CFC como la Cofetel, cada una en su ámbito de competencia.

II. Como se mencionó previamente, a lo largo del presente argumento Telcel cuestiona en múltiples ocasiones las atribuciones de la CFC en el presente asunto, sosteniendo que: **(i)** no era competente para evaluar y calificar las consecuencias jurídicas e implicaciones de las modalidades EQLLP, y **(ii)** que no tenía atribuciones para calificar los alcances y argumentos con base en los cuales se le declaró con poder sustancial, porque versan sobre conceptos y reglas propios de la materia de telecomunicaciones; conceptos que no están regulados ni definidos por la LFCE, sino que se desprenden de cuerpos legislativos diversos, la Comisión debió invocar por lo menos sus razones, interpretaciones, motivos y opiniones para hacer tales referencias, lo que según Telcel no sucedió, concluyendo así que el DP carece de fundamentación y motivación.

Al respecto, asiste la razón a Telcel al señalar que la Comisión no contaba con facultades para aplicar normas en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, es de puntualizar que en las actuaciones realizadas dentro del presente procedimiento es falso que la Comisión haya rebasado o invadido las atribuciones de la Cofetel aplicando las mismas. Asimismo, es de mencionar que la Comisión -de acuerdo con la normatividad antes señalada- sí contaba con facultades para evaluar los efectos que las normas en dicha materia pudieran ocasionar en los mercados relevantes determinados de conformidad con la LFCE, situación que aconteció tanto en el Resolución Recurrída como en el Dictamen Preliminar.

Al respecto, resalta el artículo 12, fracción IV, de la LFCE que establece los criterios para definir mercados relevantes. Uno de los criterios consiste en las restricciones normativas que exhibe un mercado. Para efectos de una mejor exposición, se transcribe a la letra la fracción invocada.

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

(...)

IV. Las **restricciones normativas de carácter federal**, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.” (Énfasis añadido)

⁴⁴ A través de esta sentencia, en su punto resolutivo segundo se determinó: “(...) La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., en contra de (...) reglas trigésima primera y trigésima segunda de las Reglas del Servicio Local, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete (...)”.

De lo transcrito es factible concluir que para definir un mercado relevante, es necesario entrar al análisis de las características o restricciones normativas que definen las modalidades y las formas de los servicios que se investigan. En esa lógica, el análisis de la normatividad que rige la prestación de un servicio, no puede separarse del análisis de mercado relevante ni tampoco puede entenderse como una “revisión”.

Por otro lado, Telcel realiza manifestaciones genéricas, pues no desvirtúa ni explica por qué estima que la Comisión interpretó y/o aplicó la normatividad en materia de telecomunicaciones, ni tampoco indica en qué apartado, inciso, párrafo o numeral de la Resolución Recurrída y del DP la CFC lo realizó. Es decir, únicamente realiza manifestaciones en el sentido de que –a su juicio– la Comisión no podía realizar la interpretación o aplicación de la normatividad sectorial, pero en ningún momento señaló puntualmente dónde tal autoridad llevó a cabo dicho actuar. Asimismo, como Telcel lo señala, la materia del Expediente se encuentra vinculada a la legislación en materia de telecomunicaciones, como lo son la LFT, las RSL, RSLD y demás regulación derivada de estos preceptos, incluyendo los títulos de concesión de los operadores de telefonía y las reglas EQLLP, los cuales influyen en la estructura de los mercados en los que se ofrece el STCRM, y en la manera en que los concesionarios participan en los mismos. Sin embargo, el hecho de que la CFC haya tomado en cuenta esta regulación para analizar los mercados relevantes **de ninguna manera puede considerarse como una interpretación o aplicación de la regulación en cuestión.**

El hecho de que se citen y consideren preceptos normativos relacionados con la materia objeto de análisis, no es suficiente para suponer que la Comisión aplicó y/o interpretó dichos preceptos, y mucho menos que se esté juzgando o calificando su eficacia y cumplimiento.⁴⁵ Si lo hizo fue para poder investigar y determinar la extensión del mercado relevante únicamente con el fin de resolver si existían condiciones de competencia efectiva y/o existencia de poder sustancial conforme a sus atribuciones, independientemente del sector o industria.

De conformidad con el artículo 12, de la LFCE, la CFC aplicó los criterios establecidos para definir los mercados relevantes en cuestión, y para tales efectos consideró la manera en que la normatividad sectorial influyó en la configuración y la forma en que se ofrecen y demandan los servicios prestados en dichos mercados. Tanto en la Resolución Recurrída como en el DP se consideró la normatividad sectorial en el análisis de mercado relevante y poder sustancial como algo dado,⁴⁶ es decir, la Comisión no evaluó si los concesionarios cumplían o no con la regulación sectorial; y tampoco resolvió respecto de la aplicación o idoneidad de la misma;

⁴⁵ Sirve de apoyo, el siguiente criterio judicial: “**LEYES. SU SOLA CITA NO CONSTITUYE UN ACTO DE APLICACIÓN.** Las normas jurídicas contenidas en leyes constituyen prescripciones que obligan, prohíben o permiten a las personas la realización de una conducta específica. Ello lo hacen al enlazar una consecuencia determinada, como efecto, a la realización de cierta conducta, como causa. Así, ante la actualización de la hipótesis o supuestos previstos en la ley, el orden jurídico prescribe la aplicación de las consecuencias previstas también en la misma. De esa manera, una ley sólo se puede considerar aplicada cuando el órgano estatal correspondiente ordena la realización de la consecuencia jurídica que se sigue del cumplimiento de sus condiciones de aplicación, por considerar, precisamente, que éstas fueron satisfechas. En consecuencia, la sola cita, en una resolución, de un artículo de una ley constituye un dato que, por sí solo, resulta insuficiente para acreditar tal cuestión, pues lo relevante para ello consiste en demostrar que, en el caso concreto, fueron aplicadas las consecuencias jurídicas que siguen a la configuración de la hipótesis normativa descrita en la ley.” Localización: (J); 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012; Tomo 2; Pág. 812., 1a./J. 18/2012 (9a.).

⁴⁶ Véase los Títulos 4 y 5 del Dictamen Preliminar y el apartado 6 de la Resolución Recurrída.

sino que consideró los elementos de la regulación sectorial de conformidad con sus atribuciones legales.

Tampoco existe la alegada revisión ni pretensión de afectar a tales concesionarios en razón de que cumplen con órdenes de la autoridad reguladora, pues únicamente se analizó la manera en que influye dicha normatividad en la forma en que se prestan los servicios relevantes y en el comportamiento de los oferentes. Asimismo, el procedimiento de declaratoria no puede versar sobre la imposición de medidas que afecten a los concesionarios derivado del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones sectoriales que los rigen, pues se limita única y exclusivamente a la determinación de poder sustancial en los mercados relevantes de conformidad con los artículos 12 y 13 de la LFCE, lo cual, en su caso pudo conllevar a que la autoridad reguladora estableciera regulación en términos de la LFT.

Ahora bien, la manifestación de Telcel en el sentido de que la materia del procedimiento correspondían a la SCT o a la Cofetel es incorrecta, porque dicho procedimiento versa sobre la determinación de poder sustancial de mercado y las atribuciones al respecto se encuentran establecidas en el artículo 24, fracción V, de la LFCE, lo cual coloca a dicha materia dentro del ámbito aplicación de la legislación de competencia económica, y dentro de las competencias de la CFC, con independencia de la regulación sectorial involucrada. Además, como se señaló anteriormente, la reglamentación en materia de telecomunicaciones establece la actuación de la Comisión para efectos de resolver sobre cuestiones de poder sustancial en el mercado relevante y que el propio legislador determinó de dotar de la atribución para resolver sobre condiciones de mercado y existencia de poder sustancial únicamente a la CFC.

Tocante a que la Comisión no tenía atribuciones para aplicar los extremos y argumentos con los que le declaró preliminarmente como agente con poder sustancial, porque versan sobre conceptos y reglas propios de la materia de telecomunicaciones que no están regulados ni definidos por la LFCE, y que esta autoridad no presentó al menos sus razones, interpretaciones, motivos y opiniones para ello, Telcel pasa por alto -una vez más- el análisis de competencia efectuado en el DP y en la Resolución Recurrída, en el que se expone la fundamentación y razones por las cuales es necesario tomar en cuenta la citada reglamentación en el caso de los STCRM que los concesionarios proporcionan en sus respectivas redes a otros.⁴⁷

De los anteriores razonamientos es posible desprender que la Comisión estaba facultada para analizar todos los elementos tendientes a determinar el mercado relevante, y para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mismo, lo cual puede incluir el análisis de la legislación y regulación aplicable, sin que ello implique la aplicación de dichas normas o la verificación de su cumplimiento.

III. Respecto a los argumentos en los que Telcel señala una ausencia de motivación de la Resolución Recurrída y del DP e inexistencia de "análisis de competencia económica propiamente dicho" resultan inexactos, porque en éstos sí se expusieron y analizaron a detalle cada uno de los criterios establecidos en la LFCE -artículos 12 y 13- y en el RLFCE para la determinación de los mercados relevantes que resultaron de la investigación, y del poder sustancial en los

⁴⁷ Tales razonamientos, análisis y fundamentos se encuentran explicados en los numerales 4.1 a 4.13 del DP y 6.1 a 6.13 de la Resolución Recurrída.

mismos, tal como se puede apreciar de la lectura armónica del Dictamen Preliminar, en específico de los numerales 4.1 a 4.32 y de los diversos 5.1 a 5.33 de la Resolución Recurrída; este Instituto considera que se explicó, de conformidad con las disposiciones aplicables al caso, las características, condiciones y forma en que el servicio relevante es ofrecido por cada concesionario.⁴⁸

En consecuencia, esta autoridad advierte que tanto en el DP como en la Resolución Recurrída sí se efectuó el análisis de competencia económica correspondiente, de conformidad con sus atribuciones establecidas en los artículos 24 fracción V y 33 bis de la LFCE, y en términos de los artículos 12 y 13 de dicho ordenamiento y correlativos del RLFCE, por lo que resulta evidente y distinguible que, además de tomar en cuenta las disposiciones contenidas en los títulos de concesión, en las RSL, las RSLD y la normatividad aplicable a las modalidades EQLLP, en su análisis dicha autoridad incorporó todos y cada uno de los elementos que marca la normatividad en materia de competencia económica.

Por el otro lado, a pesar de que Telcel opine que el DP no es propio de un órgano de competencia, lo cierto es que tanto el procedimiento de declaratoria de poder sustancial, como las atribuciones y facultades que sobre el mismo tiene esta autoridad, se encuentran establecidos en las leyes en materia de competencia (artículos 24 fracción V y 33 bis de la LFCE) y de telecomunicaciones (artículo 63 de la LFT y Regla Trigesimaprimerá de la RSL). Además de que el propio legislador dotó únicamente a la CFC de la atribución para resolver sobre condiciones de competencia y existencia de poder sustancial.

Por lo que hace al argumento planteado respecto a la cita efectuada en la página 54 de la Resolución Recurrída, esta será atendida en el inciso E) del presente numeral.

En suma, la Comisión estaba facultada para analizar todos los elementos tendientes a determinar el mercado relevante (artículo 12 de la LFCE), y para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mismo (art. 13 de la LFCE y 11, 12 y 13 del RLFCE), lo cual puede incluir el análisis de la legislación y regulación aplicable para un sector de la economía específico, sin que ello implique la aplicación de dichas normas por parte de la Comisión, la verificación o evaluación de su cumplimiento o la supuesta competencia ad hoc que invoca Telcel.

Respecto del presente numeral, incisos B) a K), el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que los mismos no se encuentran en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas a los mismos se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

⁴⁸ Este IFT coincide en que en tales apartados se analizó elementos como servicio relevante, las dimensiones geográficas en las que se presta, las posibilidades de sustitución de dicho servicio por otros considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores disponen de sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución, para lo cual toma en cuenta, entre otros elementos, la manera en que la regulación sectorial influye en las características de los servicios relevantes, la forma, términos y costos para proporcionarlos, y que se trata de servicios que se proporcionan a través de una red. Asimismo se comprueba que en los numerales 5.1 a 5.33 del DP se analizó la participación de los Concesionarios SLM en cada mercado relevante, su capacidad para restringir la oferta y fijar precios, las barreras absolutas a la entrada que se detectaron, la inexistencia de competidores, las condiciones del acceso a la principal fuente de insumo que es controlada por el propietario de cada red móvil, y los demás criterios establecidos en el artículo 13 de la LFCE y correlativos de su reglamento, entre los que se encuentra la consideración de la regulación sectorial aplicable.

B) Todo esto viola el principio de distribución de competencias previsto en el artículo 92 de la CPEUM, es por ese principio que existen leyes y órganos especializados por materia.

El argumento de Telcel es **inoperante** en cuanto al combate de la constitucionalidad de las normas reglamentarias que facultan a la CFC para iniciar, tramitar y resolver el procedimiento de origen, toda vez que no resulta ser competencia de la CFC pronunciarse sobre la validez o constitucionalidad de las normas que la rigen, por ser exclusiva del PJF.⁴⁹

C) El procedimiento se inició de oficio sin la intervención de la autoridad sectorial, y en ningún dispositivo legal se prevé la participación de la Comisión (los artículos 9 A, fracción IX, y 63 de la LFT previene las facultades de Cofetel para iniciar el procedimiento, no de la Comisión) y los dispositivos reglamentarios son inconstitucionales por ir más allá de la ley. De ahí que todo el procedimiento resulte ilegal al ser producto de un acto viciado.

Telcel no pretende decir que la Comisión carece de facultades para tramitar y resolver la cuestión de este procedimiento, sino que carece de facultades para iniciar de oficio el mismo, sin petición de la autoridad reguladora.

El argumento es **infundado**. La CFC realizó un completo análisis de las facultades que le permiten iniciar y tramitar el presente procedimiento, tal como se desprende de las transcripciones hechas líneas arriba en este mismo apartado.

Contrario a lo señalado por Telcel, el artículo 33 bis de la LFCE⁵⁰ prevé la posibilidad de que la CFC inicie procedimientos de declaratorias de oficio y, siendo que los alcances de dicho ordenamiento son sobre cualquier actividad económica sin distinción, es obvia la competencia de la CFC para tales efectos, aunado a la habilitación prevista en el artículo 63 de la LFT. Este tema se aborda más a detalle en el apartado 3.2.2 y 3.2.4 de esta resolución.

D) La Comisión carece de atribuciones en materia de telecomunicaciones, tanto para interpretar normas, como para aplicarlas, por lo que se ha excedido los límites de un proceso en materia de competencia, analizando los efectos de la normatividad en materia de telecomunicaciones, sobre la cual, sólo los reguladores sectoriales cuentan con facultades.

Realiza apreciaciones fácticas y legales derivadas de la regulación en el sector, con lo que se pretende imponer regulación ex post, siendo que los reguladores en el sector ya han impuesto regulación ex ante, en todo caso nos encontramos ante una revisión por parte de la Comisión sobre el cumplimiento y funcionamiento de las normas sectoriales (especialmente la modalidad EQLLPN), sin que exista precepto legal que la faculte para

⁴⁹ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: **"INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES**. Compete sólo al Poder Judicial de la Federación juzgar de la constitucionalidad de leyes o actos, y por lo mismo inconsistente resulta pretender que el causante recurra al Tribunal Fiscal de la Federación para someter a su consideración resoluciones que se atacan por la inconstitucionalidad de la ley en que se apoya. El amparo contra una ley expedida por el Poder Legislativo y contra su reglamento expedido por el presidente de la República no puede ser objeto de estudio cuando se prescinde de señalar a dichas autoridades como responsables, señalando sólo con tal carácter a las autoridades ejecutoras, pues de no adoptarse este criterio se resolvería sobre la constitucionalidad de leyes o actos sin la audiencia de los órganos del Estado que los creó o intervinieron en su formación." Localización: (TA); 5a. Época; Segunda Sala; Informe 1947; Pág. 74; 816382.

⁵⁰ "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)

ello, ni siquiera para interpretarlos. Por más que pretenda ser un regulador horizontal, no puede revisar normas jurídicas que son competencia de otras autoridades.

No se puede juzgar a los gobernados por el cumplimiento de las normas a las que están sujetos.

En la resolución se dice que, la Comisión, no pretendió interpretar normas en materia de telecomunicaciones o evaluar los efectos del cumplimiento de éstas por parte de los concesionarios, cuando es precisamente lo que hace. Aunque el DP sostenga lo contrario y la Resolución Recurrída contienen una serie de consideraciones sobre la manera y términos en que se prestan servicios de telecomunicaciones como efecto o consecuencia de las resoluciones de la Cofetel.

El fin regulatorio que este procedimiento persigue es que la situación del mercado cambie a partir de una regulación específica que altere los resultados de la regulación de la Cofetel cuyo cumplimiento supuestamente produjo la situación de dominancia.

Si lo que dice la Comisión respecto a que no se analiza si la regulación sectorial es insuficiente y se cumple, entonces este procedimiento es inútil, “¿para qué pretender imponer obligaciones específicas?”

Telcel señala que se le pretenden imponer condiciones específicas por el cumplimiento del normatividad sectorial. Al respecto se apunta lo siguiente:

i) La LFCE es reglamentaria del artículo 28 de la CPEUM; de ahí que sólo escapen de su competencia aquellas áreas estratégicas donde el legislador expresamente ha dispuesto se desarrollen como monopolio,⁵¹ en consecuencia, dicho ordenamiento alcanza a todas las actividades económicas, sin excepción, de ahí que la propia LFT, en su artículo 63, habilitara a la CFC en esta materia.⁵²

ii) Al ser un ordenamiento que alcanza todas las actividades económicas, los procedimientos sustanciados por la CFC tienen los mismos alcances y resulta válido que se realice de oficio un procedimiento de declaratoria de poder sustancial de conformidad con los artículos 33 bis, de la LFCE y 63, de la LFT.

En cuanto a que se pretende imponer medidas específicas derivadas del cumplimiento de la normatividad sectorial, debe precisarse que esto es falso, ya que el DP y la Resolución

⁵¹ Artículos 4º, 5º y 6º de la LFCE.

⁵² “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 tendientes 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)

Recurrida tienen como finalidad determinar únicamente la existencia de poder sustancial y no la actualización del algún abuso de dominancia.

En el caso concreto, la Comisión no realizó una aplicación de normas en materia de telecomunicaciones, por lo siguiente:

i) De conformidad con el artículo 63 de la LFT, corresponde a la autoridad sectorial imponer, si así lo estima conveniente, la regulación a que se refiere dicho dispositivo; máxime cuando nos encontramos ante un procedimiento que sólo tiene por objeto establecer la existencia de un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante en específico y no sancionador que sólo tiende "(...) a evidenciar una situación jurídica determinada, sin que su determinación requiera ejecución material (...)".⁵³ En otras palabras, la declaratoria emitida por la Comisión de conformidad con el artículo 33 bis de la LFCE no es más que un procedimiento preparatorio necesario, más no suficiente, para que la Cofetel estuviera en posibilidades de discutir la pertinencia de aplicar el artículo 63 citado; y

ii) Porque, la CFC no realizó la aplicación de normas de telecomunicaciones, como la LFT, las RSL o las RSLD, únicamente se avocó al estudio de las situaciones de hecho que se generaron en el mercado en un momento determinado, lo cual está previsto en el artículo 12, fracción IV, de la LFCE, al ordenar que deben analizarse las restricciones normativas que limiten el acceso a fuentes de abasto alternativas.

Tampoco realizó una interpretación de la norma, pues no se buscó el sentido de la norma. El ejercicio realizado por la CFC constituyó un análisis económico de las situaciones fácticas o de hecho en términos de mercado, y que se derivan de la normatividad sectorial y las facultades para realizar dicho ejercicio se encuentran en el artículo 12, fracción IV, de la LFCE.

Es decir, jamás se aplicaron, ni interpretaron normas, sino las situaciones de hecho que prevalecían en el mercado considerando en forma integral su contexto, lo que incluye a la normatividad aplicable.

E) Si se tratara de una facultad concurrente entonces hubiera necesitado de la participación del regulador en telecomunicaciones.

Se omite por completo destacar los efectos de la regulación sectorial.

Ahora se pretende que la Cofetel y la Comisión tienen facultades para hacer el pronunciamiento hecho en el expediente de origen.

El fragmento de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 citado por la Comisión señala que la Cofetel es competente para conocer de la declaratoria de dominancia, mas no indica que la Comisión sí lo sea.

Estamos ante un mercado regulado encargado a una autoridad distinta de la de competencia en el que existen concesiones otorgadas por el Estado Mexicano de las que se desprenden derechos y obligaciones regulatorias a los concesionarios.

⁵³ Sentencia emitida por la Segunda Sala de SCJN en la Contradicción de tesis 290/2011.

En la Resolución Recurrída⁵⁴ se determinó que la CFC no es la única autoridad con facultades para determinar poder sustancial en un mercado relevante. Esto es, la SCJN no estimó que existiera una invasión de competencias por parte de la Cofetel al aplicar los artículos 12 y 13 de la LFCE. Sin embargo, la SCJN también fue enfática al señalar que la aplicación ocurriría en el ámbito de atribuciones de cada una de las autoridades referidas.⁵⁵ Así, debe considerarse que las facultades de la Comisión para haber aplicado el artículo 33 bis y declarar la existencia de un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante no se estaban limitadas por la existencia de regulación sectorial, en virtud de que la aplicación del artículo 33 bis de la LFCE correspondía únicamente a la CFC. En el mismo sentido, el ámbito en el que la Cofetel hubiese podido materializar conforme a sus atribuciones lo resuelto por la Comisión, esto tendría que ver con la función correlativa de establecer correctamente el ámbito de aplicación de las medidas asimétricas que pudieran aplicarse como resultado de una declaratoria emitida en términos del artículo 33 bis de la LFCE por la CFC. Este tema se analiza con mayor amplitud en los apartados 3.2.2 y 3.2.4 de esta resolución.

F) La Comisión afirmó que las normas de competencia y sectoriales convergen, sin embargo no se funda y motiva su actuación, siendo que en el escrito de manifestaciones quedaron demostradas las causas de improcedencia.

Los conceptos y definiciones en materia de telecomunicaciones no están comprendidos en la LFCE, sino en los instrumentos especializados, los cuales cuentan con precedentes e interpretaciones propias (derivadas del regulador sectorial), las cuales no fueron consideradas.

Las normas de competencia sólo tienen un carácter instrumental respecto a la normatividad en materia de telecomunicaciones y dependen de ella, lo cual se reconoce en los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE. Entonces este procedimiento no tiene sentido, incluso la misma Comisión lo reconoce, pues indica que la posibilidad de imponer medidas específicas recae en la Cofetel, quien podría decidir no imponer ninguna: "no sirve de nada".

⁵⁴ Página 54 de la Resolución Recurrída.

⁵⁵ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: "**COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 90.-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 90.-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 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.

La Resolución Recurrída y el DP carecen de una clara motivación de su propósito y justificación.

En el fondo, la Comisión reconoció que sí se pronunció sobre conceptos de la materia de telecomunicaciones, por tratarse de materias convergentes y, en consecuencia debió reconocer la existencia de regulación sectorial, lo que implicaría que sí se ha pronunciado al respecto.

La Comisión señaló que sí consideró la regulación sectorial y los efectos que su acatamiento produce en el mercado, pero que el hacerlo para efectos de definir que un agente es dominante y que debe ser regulado en específico no significa criticar o sostener que se debe cambiar la regulación, lo cual es contradictorio.

Se está juzgando dominante a Telcel por cumplir la normatividad.

La Comisión sostuvo que Telcel intentó tergiversar el papel que la regulación de Cofetel tiene en este Expediente, afirmación gratuita que resulta inexacta e ilegal. Telcel no intentó semejante cosa, sino que planteó sus manifestaciones porque la Comisión excedió sus facultades al definir el mercado relevante única y exclusivamente a partir de situaciones y servicios creados por cumplimiento de la regulación de la Cofetel.

La Comisión reconoció que parte medular de su decisión desde el principio es la opinión sobre la modalidad EQLLPN.

La Comisión invadió las atribuciones que no le corresponden, pues busca alterar la modalidad EQLLPL, establecida por la Cofetel en su carácter de regulador sectorial; cuya consecuencia consiste en que la Resolución Recurrída y el DP quedan sin la debida motivación.

La Comisión mencionó que “sí analiza la manera en que las reglas emitidas por la Cofetel sobre el que llama paga y que son cumplidas por Telcel influye en el comportamiento del mercado”, esto significa que sí se analizó la validez, efectos y cumplimiento de regulación sectorial.

La Comisión consideró que la modalidad EQLLPN y EQLLPL son inadecuadas y de oficio consideró que merecen una regulación específica adicional. Esto es obvio porque la razón por la cual se consideró dominante a Telcel es por el cumplimiento de la regulación sectorial, siendo que la adecuación, suficiencia y validez de dichas normas no corresponde a la Comisión, sino a la autoridad judicial. Si la Comisión pretendió que existe un conflicto entre las normas de competencia y la regulación sectorial entonces eso debió ventilarse por los medios jurisdiccionales o políticos de la autoridad.

Es una falacia intentar abstraer las figuras y modalidades mencionadas en la resolución impugnada de la regulación sectorial, pues éstas provienen de dicha regulación y los títulos de concesión.

El análisis de la CFC partió de las condiciones técnicas y regulatorias que guarda el sector, sin que ello implique una aplicación o interpretación de las mismas. La aplicación de una norma implica dar vigencia a las consecuencias jurídicas derivadas de los supuestos contenidos en ellas a través de los medios de coerción que el mismo ordenamiento prevé. Mientras que la labor interpretativa implica el análisis jurídico de la norma tendiente a desentrañar sus

alcances, es decir, la labor interpretativa no se limita en la simple lectura de un precepto, sino en definir los supuestos que de ella se derivan.⁵⁶ Lo anterior no constituye una evaluación del trabajo del regulador, ni un estudio de validez de la normatividad. No puede ser una evaluación de la labor del regulador porque al final del procedimiento será el regulador sectorial de quien dependa la imposición de medidas específicas; mientras que el análisis de validez de una norma implica necesariamente su análisis a la luz de las normas jerárquicamente superiores que le dieron origen, lo cual no acontece en el caso concreto.

En cuanto a la exposición del objeto de este procedimiento y la resolución correspondiente, han sido precisados en distintas ocasiones y es visible también en la Resolución Recurrída,⁵⁷ de la cual se desprende que dicho objeto consistió en resolver sobre la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, para efectos de la modalidad "EQLLPL" y de la modalidad "EQLLPN".

Finalmente, el que este procedimiento sea de carácter instrumental a efecto de que la autoridad reguladora competente se encuentre en posibilidad de resolver las condiciones específicas correspondientes no convierte este procedimiento en algo inútil, pues su finalidad consiste en allegar al regulador toda la información necesaria para estar en aptitud (en caso de que lo considere necesario y/o procedente) de establecer regulación consistente en obligaciones específicas en materia de tarifas, calidad de servicio e información, considerando todas las dimensiones del mercado analizado desde la perspectiva de competencia económica. De ahí que la CFC no emitió juicios de valor acerca de si es justo o no el marco regulatorio, ni siquiera se determinó si el actual esquema es eficiente o no; lo único que se realizó en la Resolución Recurrída fue describir la situación del mercado,

⁵⁶ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio judicial: "**REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL" COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO.** El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO.". Ahora bien, si se toma en cuenta que "interpretar", en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que "interpretar una ley" es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos para entender su significado." Localización: (J):9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Abril de 2005; Pág. 631., 1a./J. 34/2005.

⁵⁷ "(...) procede a emitir la resolución a que se refiere el artículo 33 bis, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de fecha veintiocho de junio de dos mil seis, respecto a la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, para efectos de la modalidad "El que llama paga," prevista en la Regla Vigésima Séptima de las Reglas del Servicio Local, emitidas por la Comisión Federal de Telecomunicaciones el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, así como de la modalidad "El que llama paga nacional" establecida mediante la adición del Capítulo IX a las Reglas del Servicio de Larga Distancia, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el trece de abril de dos mil seis (...)" . Página 1 de la Resolución Recurrída.

quedando en su momento a cargo de la Cofetel determinar si dicha situación era eficiente o no o si pudiera ser más eficiente bajo otros esquemas.

G) La Comisión pretendió forzar su opinión OPN-003-2005 a los concesionarios mediante una declaratoria, siendo que se agotó su participación con la emisión de dicha opinión.

El argumento es infundado. Si bien el expediente referido fue parte de la motivación para iniciar el procedimiento de origen, esto no significa que los alcances del mismo se extendieran indebidamente. Dicho expediente constituyó uno de los medios a través del cual, la CFC se allegó de información sobre posibles distorsiones en el mercado, lo cual justificó el inicio de una investigación a efecto de conocer la verdad de los hechos.

H) La Comisión desestimó la defensa sobre incompetencia específica. Dicha autoridad buscó la imposición de regulación sólo a Telcel, lo cual es antijurídico porque la LFT previene el principio de libertad tarifaria sobre los servicios para las llamadas off-net. Es ilegal que la Comisión haya pretendido intervenir en esa materia y forzar al regulador a emitir regulación específica. La Comisión justifica su actuar en los artículos 9 A, fracción XI, 63 de la LFCE y la regla trigésima primera de las RSL; pero es precisamente con base en esos artículos de donde deriva la incompetencia de la Comisión, pues analizarlos de acuerdo al "espíritu y texto de la legislación principal en materia de telecomunicaciones" que no se permite iniciar el procedimiento de esa manera. Dichos artículos constituyen una cita en abstracto, pero no constituyen fundamento concreto.

En contra de lo que ha dicho en otros expedientes, señaladamente en el DC-08-2007 (se) pretende marcar una total separación entre los temas de las llamadas aludidas, entre la posibilidad de regular las tarifas por llamadas on-net y off-net a partir de las definiciones del mercado relevante. El caso es que las posturas de la Comisión cambian, según se trate, para negar los argumentos de defensa del "gobernante" (sic).

La Comisión sostuvo que las resoluciones de los desacuerdos de interconexión que dictó la Cofetel no solucionaban los problemas económicos relativos a los servicios relevantes, entonces ahí sí considera tener competencia, lo cual excede sus facultades.

La Comisión "(...) analizó dichas normas y reglas, consideró su ejecución y cumplimiento y, si bien no juzgó sobre la satisfacción o no de tal cumplimiento, sí le atribuyó consecuencias jurídicas al hecho del cumplimiento o ejecución de tales normas."

Es un contrasentido que se sostenga que no hay perjuicio respecto a Telcel, pues la LFCE habla de agentes económicos con interés y de agentes afectados, pero se pretende que las declaratorias no implican un desvalor imputado a tales agentes.

La Comisión pretendió que Telcel probara hechos negativos: "(...) cabe hacer notar que TELCEL no explica de qué forma el sólo hecho de dar cumplimiento a la regulación sectorial no le otorga poder sustancial en el mercado relevante (...)."

Lo que la Comisión pretendió es que la realidad se viera de una manera doble, bajo un estándar doble e hipócrita: "no importa que la situación limitada en que defino que te ubicas sea una situación existente porque has cumplido lo que la autoridad especializada del ramo te ha ordenado; eso no importa porque yo juzgo los hechos sin apreciar sus causas reales, justificaciones o razones, como algo dado" (frase repetida ad nauseam), desde un miope punto de vista. Vaya juicio arbitrario e ilegal.

El argumento es **infundado**. La CFC sostuvo que la decisión sobre la imposición de regulación específica dependería del regulador sectorial, en ese momento Cofetel, sin que se haya obligado a dicha autoridad para tales efectos, pues la Resolución Recurrída no es vinculatoria de conformidad con el artículo 24, fracción XVIII, de la LFCE.

A mayor abundamiento, debe precizarse que la determinación de que un agente económico detenta poder sustancial en el mercado relevante, por sí misma, no implica que exista abuso de dicho poder sustancial. En el caso de las medidas específicas se busca controlar los incentivos y la capacidad que el agente dominante pueda tener para desplazar a sus competidores. En otras palabras, considerando las características particulares del dominante y las condiciones del mercado, se pretende generar un ambiente de sana competencia aun cuando exista un dominante.⁵⁸

Sobre la incompetencia para iniciar el procedimiento y la legitimación de Cofetel para tales efectos se remite a lo antes resuelto en este mismo apartado.

Sobre el cambio de criterios respecto a otros expedientes, debe precizarse que los expedientes DC-008-2007 y DC-007-2007 versan sobre materias completamente distintas, pues no es lo mismo un mercado intermedio que un mercado final. Al respecto puede consultarse el apartado 3.9.2 de la Resolución Recurrída. Adicionalmente, en ambos expedientes Telcel tuvo interés jurídico para manifestarse, de lo que se advierte que no se le dejó sin derechos de defensa.

En cuanto a que es un contrasentido que se sostenga que no hay perjuicio respecto a Telcel, pues la LFCE habla de agentes económicos con interés y de agentes afectados, pero se pretende que las declaratorias no implican un "desvalor imputado" (como lo señala Telcel) o perjuicio a tales agentes, debe precisarse que, como se desprende de la simple lectura de los resolutivos de la Resolución Recurrída, no se establece ninguna obligación específica a cargo de Telcel, de ahí que dicha resolución, si bien podía tener efectos a futuro, en sí misma no tiene efectos materiales que priven a Telcel de sus derechos. Por eso no le asiste la razón en cuanto a que el procedimiento le otorga el carácter de parte afectada, pues dicho carácter legal⁵⁹ y materialmente no lo tiene.

⁵⁸ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: "**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,

⁵⁹ Respecto los servicios de terminación de llamadas dentro de su red, Telcel no tienen el carácter de parte afectada, porque, de conformidad con el artículo 54, fracción I, del RLFCE, se entiende por parte afectada a las personas que son consumidores del servicio relevante y a los agentes económicos que se encuentren sujetos a regulación de precios. Telcel no cumple ninguno de esos extremos para el mercado en que fue declarado dominante (la terminación de llamadas dentro de su red), porque cuando Telcel termina llamadas en su red, provenientes de usuarios de su misma red, la terminación es una función de autoconsumo para prestar el servicio de llamadas on-net a sus usuarios, a quienes aplica los costos en la tarifa de la llamada; mientras que el servicio relevante no se encuentra sujeto a regulación tarifaria. De ahí que, respecto al servicio de terminación

En cuanto a los supuestos hechos negativos que supuestamente la Comisión pretendió que Telcel acreditara, debe mencionarse que la recurrente hace una lectura parcial e incompleta de la Resolución Recurrída, ya que inmediatamente después del texto que cita se indican las razones por las cuáles la CFC determinó su competencia en el procedimiento. Adicionalmente, Telcel descontextualiza lo dicho por la Comisión, pues el texto que cita se refiere a que Telcel no desarrolla en forma clara su argumento, pues no hace patente cómo el cumplimiento de sus concesiones podría modificar el sentido de la Resolución Reclamada.⁶⁰

En cuanto a los desacuerdos de interconexión, debe precisarse que los mismos, de acuerdo con la legislación sectorial, tal y como se estableció en la Resolución Reclamada,⁶¹ tienen como finalidad la fijación de una tarifa por parte del órgano regulador, en el supuesto de que exista una controversia al respecto entre los concesionarios; sin embargo, dichos acuerdos no tienen como fin solucionar cuestiones de competencia económica, ni fijar un precio competitivo, esto sin que la Cofetel pudiera ir más allá de los temas que le fueran planteados de conformidad con el artículo 7, fracción I de la LFT.

I) La Comisión fue contradictoria porque para analizar el argumento sobre retroactividad que hizo valer en otros expedientes no lo hizo argumentando que Telcel no identificó en qué expediente se encontraba; sin embargo, para afectar a Telcel, la Comisión sí atrajo como hechos notorios información proveniente de otros expedientes, como lo hizo para definir al GIE.

El argumento es inoperante por constituir manifestaciones genéricas. Mientras Telcel no indique en qué acto procesal y en cual expediente se encuentra sustentado el argumento expuesto, este Instituto no puede entrar al estudio de su argumento. Esto considerando 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

de llamadas en su red, no sea parte afectada, sino agente económico con interés, pues constituye el agente que se podría ver regulado.

⁶⁰ "Por lo que toca a la determinación de poder sustancial en el mercado relevante correspondiente, es irrelevante si dicho poder se explica, se asocia, o es causado por factores legales, económicos o técnicos, o una combinación de éstos. Sin perjuicio de lo aquí afirmado, cabe hacer notar que Telcel no explica de qué forma el sólo hecho de dar cumplimiento a la regulación sectorial no le otorga poder sustancial en el mercado relevante.

El que la manifestante detente concesiones y que por ello se encuentre sujeta a una regulación en materia de telecomunicaciones, no es un impedimento legal para iniciar un procedimiento de declaratoria de condiciones de poder sustancial y, en todo caso, el que un agente económico pueda tener poder sustancial dependerá de la actualización de los supuestos establecidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, y correlativos de su reglamento, mas no por dar cumplimiento a la legislación sectorial que lo rige como concesionario, lo cual no provoca ni justifica en sí mismo que un agente económico detente poder sustancial en un mercado relevante, en virtud de que en el análisis de competencia se toma a dicha legislación como algo dado, y no se analiza si ésta se cumple o no, ni su idoneidad." Página 139 de la Resolución Recurrída.

⁶¹ "Lo que en efecto se hace notar en el DP, son las resoluciones de la COFETEL que contienen información sobre la existencia de tarifas de los STCRM muy superiores a sus costos, y los niveles tarifarios que resultaron de sus resoluciones sobre desacuerdos entre distintos CONCESIONARIOS RPT. En relación con estas resoluciones, en el DP se indica el contexto legal en el que aplican; es decir, que: i) sólo tienen efectos sobre las dos partes firmantes, por lo que no existe obligación de extenderlas a los demás concesionarios; ii) tratan exclusivamente sobre las condiciones no acordadas; iii) constituyen arbitrajes de los extremos planteados por las partes, por lo que no necesariamente uno u otro de los extremos, o la decisión arbitral, corresponde a una solución de competencia en los mercados de que se trate; iv) no modifica las condiciones económicas y técnicas que dotan a un agente económico de poder sustancial de mercado; v) carecen del alcance y de los objetivos de la regulación que implica la imposición de las medidas previstas en el artículo 63 de la LFT. Resulta por tanto ilógico afirmar que describir los contenidos legales de las resoluciones sobre los desacuerdos tarifarios en comento, y analizarlos en términos de la LFCE, equivale a juzgar el desempeño de la COFETEL." Página 137 de la Resolución Recurrída.

argumento, además de señalar cómo es que dicho argumento resulta aplicable al caso concreto, ya que este Instituto se encuentra imposibilitado para suplir deficiencias de la queja, tal y 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 CFC utilizó información de otros expedientes como hecho notorio, en todos los casos, indicando la actuación y el expediente en que se ubicaba dicha información, por lo que Telcel se encontraba en aptitud de conocerlos y pronunciarse respecto a tales elementos, ya sea porque se atrajeron al Expediente mediante copia certificada, transcribiéndolos o a través de los medios de difusión con que contaba dicha autoridad, como el microsítio de búsqueda de resoluciones, los informes anuales o, anteriormente, la gaceta. De ahí que no asista la razón Telcel y que su argumento sobre retroactividad no pase de ser un manifestación genérica, además de que no explica en qué le perjudica lo hecho valer en otros expedientes por la Comisión y no analizado en el presente procedimiento, o cuál es la vinculación entre ambos.

J) La DGPPL es incompetente para conocer del asunto.

Este tema en particular es analizado en el apartado 3.8.3 de esta resolución, por lo que se remite al mismo.

K) Busca a demostrar que existe una inmunidad ad hoc en el presente caso, porque se le está declarando dominante por el cumplimiento de la normatividad sectorial, comportamiento que no deriva de una decisión de negocios sino de dicho cumplimiento; de ahí Telcel carezca de legitimación pasiva y que respuesta brindada en el apartado 5.1.29 sea incongruente con lo dicho por Telcel, ya que en ese apartado se dijo que las normas de competencia aplican en todas las actividades económicas, sin atender a que eso no era el motivo de la inmunidad ad hoc. Lo anterior hace que la materia del procedimiento resulte jurídicamente imposible.

Si lo anterior provoca un conflicto entre las normas de competencia y las de telecomunicaciones, entonces eso no debe resolverse imponiendo condiciones. Es inconcebible que una dependencia pretenda exceptuar de la normatividad general o que se regule en forma privativa, debido a una situación creada por el propio Estado.

La declaratoria constituye un juicio de desvalor "para impedir la situación en que se encuentra, debe sujetarse a normas individualizadas que restrinjan sus labores, tarifas o demás", limitando sus libertades y prerrogativas.

"(...) la Comisión pretende que la exclusión de Telcel de la normatividad general y la emisión y aplicación de obligaciones específicas que se persigue en el expediente no resulta negativa, lesiva ni restrictiva de derechos. Ante ello, cabe preguntarse ¿entonces qué es? ¿Un premio? Debería serlo en términos de cumplimiento, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de mi mandante, lo que realmente implicaría reconocer dignamente el proceso de competencia."

Si el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE no se explica a la luz del artículo 63 de la LTF entonces no tiene sentido y si se vinculan es obvio que existe afectación a Telcel. Nadie ha dicho que sea la Comisión quien imponga las condiciones, pero eso no implica que las consecuencias del procedimiento no sean lesivas, contrario a lo que señala la autoridad.

Todo se acredita al observar la definición de mercado hecha, la cual se basa en las modalidades establecidas por la Cofetel, entonces el mercado sí surge y se basa de las resoluciones del regulador sectorial.

El agravio de Telcel es infundado. Contrario a lo que expone Telcel, la CFC sí analizó los alcances de sus manifestaciones.⁶²

Sin perjuicio de lo anterior, Telcel no considera que la aplicación de las normas de competencia alcanza a todos los ámbitos de la actividad económica, en sus finalidades sancionatoria, correctiva y preventiva.⁶³

Si la definición de mercado relevante estuvo basada en las definiciones existentes en la regulación sectorial, esto atendió a que, de conformidad con el artículo 12, fracción IV, de la LFCE, uno de los elementos para determinar el mercado relevante son las restricciones normativas, las cuales pueden configurar el mercado de una determinada manera, en el caso concreto se indicó que todos los concesionarios estaban obligados a vender el servicio de terminación en sus redes y a adquirir el servicio correlativo de sus competidores en el mercado del servicio de telefonía móvil.

Adicionalmente, ese no fue el único factor considerado para determinar el mercado relevante, pues también se consideró que no existían posibilidades de sustitución debido al hecho de que no hay manera de que un concesionario distinto al titular de la red pueda terminar las llamadas en ésta. Lo anterior no constituye un cumplimiento o incumplimiento de la normatividad sectorial, sino una condición técnica de la red. En el caso del poder sustancial, la obligación de adquirir y vender no fue el único motivo considerado para determinar que existe capacidad de fijar precios y restringir el abasto, sino también los resultados derivados del análisis de sustitución, la demora o restricciones que los concesionarios de redes móviles ejercían sobre los titulares de las redes asimétricas (redes asimétricas son aquellas que durante las negociaciones de los servicios de interconexión no se encuentran en igualdad de circunstancias, ya sea porque la tarifa de terminación que pagan es superior a la tarifa que reciben por la terminación en su red, como es el caso de los concesionarios del SLF, o cuando únicamente adquieren el servicio relevante de los concesionarios de móviles, sin que presten ellos un servicio de terminación, como en el caso del SLM).

Debe considerarse que la imposición de regulación específica no es una consecuencia necesaria del presente procedimiento, y tampoco dependía de la CFC, ya que sólo constituyó 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

⁶² "Adviértase que los Concesionarios RPT se encuentran sujetos a la regulación de competencia, ya sea que cumplan o no con la regulación ex ante que les aplica, de manera que no procede suponer que el incumplimiento de dicha regulación sea condición necesaria para iniciar y llevar a cabo el procedimiento de declaratoria de poder sustancial en términos de la LFCE que se prevé en el artículo 63 de la LFT. Es evidente por tanto que no existe fundamento ni razón para pretender que actuar de conformidad con dichas reglas sectoriales signifique "inaplicabilidad ad hoc" de la legislación de competencia en general, ni sobre el presente procedimiento administrativo en particular". Página 125 de la Resolución Recurrída.

⁶³ Sirve de sustento 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." Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 1098., P./J. 61/2007.

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.”⁶⁴

En este entendido, Telcel no pudo justificarse en el cumplimiento de normas que tendrían 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, la CFC en su momento acreditó que éste podía fijar precios unilateralmente o restringir el abasto, sin que se pudiera contrarrestar de manera efectiva. Para lo anterior, este Instituto advierte que la Comisión tomó en cuenta elementos que estimó procedentes, fundando y motivando la Resolución Recurrida, tomando en cuenta además la necesidad de contar con concesiones o cualquier otra clase de autorización gubernamental (fracción II, del artículo 11 del RLFCE), así como 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, permitieron a la Comisión incluir el análisis de la legislación y regulación aplicable, sin que ello implique su aplicación o verificación de cumplimiento.

De acuerdo a lo anterior, entre otras cosas se analizó:

- 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.

3.2.2. Falta de causa eficiente

El presente numeral se responde en estricto cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.6., de la Ejecutoria: “4.6. En el rubro 3.2.2 Falta de Causa Eficiente, incisos A), B) y C), la comisión (sic) calificó los agravios de la quejosa como inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al dictamen preliminar y por novedoso, insistiendo en que el combate a los elementos del dictamen preliminar debió ser formulado en el escrito de manifestaciones, advirtiendo que la recurrente pretendió atraer elementos novedosos sobre los extremos de los que tuvo conocimiento previo y estuvo en aptitud de manifestarse”. Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo en su totalidad del argumento planteado.

⁶⁴ Sentencia emitida por la Segunda Sala de la SCJN el diecisiete de agosto de dos mil once, dentro del expediente de contradicción de tesis número 290/2011.

Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“Falta de causa eficiente.”⁶⁵

La resolución que se impugna es violatoria en perjuicio de Telcel de lo dispuesto en los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis último párrafo y demás relativos de la Ley de Competencia, 55 y 56 del RLFCE, 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, así como de los artículos 222, 348 y 349 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, incluyendo los principios de congruencia, precisión y eficiencia, en virtud de que contrario a lo que en ella se afirma el procedimiento DC-07-2007 carece de causa eficiente, pues no debía ni podía ser iniciado de oficio por la Cofeco como lo fue y en consecuencia, lejos de emitirse una declaratoria en contra de Telcel, debió decretarse el cierre del expediente.

En efecto, al emitir la resolución que se combate, la Cofeco considera indebidamente que tiene atribuciones para dar inicio a este procedimiento de oficio, lo que es falso en términos del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones, pues además los argumentos de la autoridad al respecto carece (sic) de fundamentación y motivación debidas, según se expone a continuación:

A) La Resolución Definitiva es ilegal y carece de las debidas fundamentación y motivación, habida cuenta que contrario a lo que ahí se sostiene, resulta improcedente que el procedimiento del expediente DC-07-2007 iniciara de oficio por mera decisión de la Cofeco, para ser tramitado y resuelto por sí y ante sí. En ese sentido, amén de ser autoridad incompetente como se ha dicho, esa Comisión Federal de Competencia carece de legitimación activa en la causa.

Por cierto, la Cofeco sólo se pronuncia sobre el argumento aludido en relación con la violación procesal planteada consistente en el acuerdo de inicio del procedimiento, por lo que en realidad dejó de resolver la defensa V del escrito de manifestaciones de Telcel. Como sea, lo cierto es que el inicio del procedimiento fue ilegal, así es que en tanto en la etapa de investigación cuando al emitir la resolución que se combate la Cofeco debió concluir decretando el cierre del expediente, pues contrario a lo que se afirma en la resolución impugnada el procedimiento DC-07-2007 es improcedente en virtud de que, siendo un procedimiento iniciado de oficio por la Cofeco, esa Comisión por sí y ante sí carece de legitimación activa, lo que determina que el propio procedimiento carezca de causa eficiente que resulte legítima y por ello debió cerrarse en forma definitiva.

Sobre este particular, en la Resolución Definitiva se sostiene dogmáticamente lo siguiente:

“(…) De esta manera, se evidenció la existencia de mercados de terminación de llamadas en los que podría haber un solo oferente con capacidad para fijar precios y restringir el abasto, situación que por sí misma ameritaba, en términos del artículo 33 bis de la LFCE, el inicio de oficio del presente procedimiento, el cual expresamente prevé esa posibilidad, sin que sea indispensable la solicitud de autoridad distinta o petición de parte afectada.

En lo referente a las facultades discrecionales de esta COMISIÓN, en efecto éstas descansan en la libertad de apreciación que la legislación de competencia le otorga para lograr las finalidades de la propia LFCE. No obstante, no se trata de una libertad irrestricta y absoluta, ya que la misma se encuentra circunscrita a los criterios y procedimientos que la ley impone para abstenerse o

⁶⁵ Folios 402 a 418 del Expediente del Recurso.

iniciar de oficio los trámites que en ésta se señalan, debiendo en todo caso asegurarse que existan las condiciones y elementos de convicción necesarios que permitan darles curso. (...) En el caso concreto, esta COMISIÓN consideró que la información contenida en el expediente y en el acuerdo de inicio era suficiente para proceder... y que por tal razón era conveniente iniciar de oficio el procedimiento previsto previsto (sic) en el artículo 24, fracción V, de la LFCE...

Así, de conformidad con el artículo 63 de la LFT, la actuación de la COMISIÓN se justifica en términos de lo establecido en el mismo, que 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 que "tengan poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica" (...). En concordancia con lo anterior, la Regla Trigésima primera de las RSL señala que la COFETEL "estará facultada para establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información al concesionario 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".

En suma, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE, esta COMISIÓN está facultada para iniciar procedimientos para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes no sólo a petición de parte, sino también de manera oficiosa, lo cual significa que cuenta con facultades discrecionales que le permiten elegir el tiempo y circunstancias que, a su juicio, justifican el inicio del procedimiento, bastando para ello que sus actuaciones se ciñan a lo previsto por la propia ley y que cumplan con los requisitos de fundamentación y motivación.

(...)

De lo anterior se desprende, en todo caso, que la facultad para dar inicio al procedimiento que nos ocupa, le son convergentes un conjunto de facultades regladas que rigen el procedimiento del artículo 33 bis de la LFCE y sus correlativos del RLFCE, debiendo para tales efectos observar los (sic) dispuesto en los artículos 12 y 13 de la LFCE y los artículos relacionados del RLFCE.

(...)

En definitiva, la interpretación de TELCEL sobre los artículos 33 bis de la LFCE y la fracción I del artículo 55 de su reglamento no es correcta. La simple lectura del primer párrafo del artículo 33 bis no deja duda... TELCEL trata de tergiversar lo anterior refiriendo parcialmente el artículo 55 del RLFCE y con concreto, la fracción I, que aplica (sic) sólo en aquellos casos que se inician de solicitud de parte afectada o del regulador respectivo, la cual no invalida lo señalado en el primer párrafo del artículo 33 bis y, por tanto, la posibilidad de que se inicie el procedimiento de oficio."

Con independencia de que mi mandante no reconoce el punto de partida de la Cofeco en el sentido de que hubiera la evidencia que invoca, lo cierto es que la cita que antecede demuestra la insuficiencia e inexactitud con que se pretendió resolver la defensa planteada por mi mandante en el sentido de que resulta improcedente que esa Cofeco pretendiera iniciar de oficio el procedimiento DC-07-2007.

Después de la mención y paráfrasis de los artículos 33 bis, 24, fracción V y 25 párrafo segundo de la Ley de Competencia, así como 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en las partes conducentes de la Resolución Definitiva de la Cofeco no precisa, ni funda en ley la posibilidad concreta de que en este expediente pudiera haber actuado de oficio para darle inicio, ni tampoco logra desvirtuar el argumento de mi mandante al respecto

basado en el texto del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones y en la necesaria lógica jurídica-institucional que al respecto debe existir en el Estado mexicano.

Por el contrario, la Cofeco presenta argumentos circulares e ilegales, basados en que pretende que como la ley le atribuye facultades para actuar de oficio en ciertos casos, tiene facultades en el presente porque una vez que integró un expediente así le pareció oportuno. Nótese lo que literalmente se sostiene en la página 46/423 de la Resolución Definitiva: la Cofeco, una vez que analizó la información contenida en el expediente y emitió el acuerdo de inicio del procedimiento DC-07-2007, decidió que era conveniente para iniciar de oficio el procedimiento DC-07-2007. El huevo y la gallina.

La falacia es evidente, pero inútil. No sirve para superar el hecho de que ni el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones ni el resto de la legislación establecen en concreto que la Cofeco de oficio pueda iniciar procedimientos de declaratoria de poder sustancial para que la Cofetel emita obligaciones específicas.

Contrariamente a lo que afirma la Cofeco, el hecho de que los artículos 33 bis y 24, fracción V de la Ley de Competencia en abstracto contemplan la posibilidad de que haya procedimientos que inicien de oficio, no le atribuye esa posibilidad en el caso concreto. Más aún si el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones, que es el principal en el caso – según lo reconoce esa autoridad-, no establece que la Cofeco pueda iniciar el procedimiento de oficio, por sí y ante sí, sin que la Cofetel se lo requiera o solicite.

Además, todo el argumento relativo a facultades discrecionales y convergentes de esta Comisión en relación con la materia de telecomunicaciones adolece del mismo vicio. La Cofeco alega que en abstracto podría tener ciertas facultades para hacer declaratorias de poder sustancial en procedimientos que inicien de oficio, pero no acredita que en concreto la ley de telecomunicaciones lo permita o contemple en esa materia.

Así, es falaz el argumento de la autoridad para desestimar el razonamiento de defensa de Telcel, pues no se está ante facultades discrecionales convergentes de la Cofeco, sino ante la ausencia de un precepto de ley aplicable en concreto que le atribuya la facultad de iniciar oficiosamente un procedimiento regulatorio como el basado en el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Por ello el criterio que cita resulta insuficiente en el caso, pues no se satisface su hipótesis normativa.

Es más, los precepto y reglas que citó sólo permiten sostener que en el caso de las obligaciones específicas en materia de telecomunicaciones, sólo tendría facultad de resolver, y si acaso la implícita de solicitar la declaratoria respectiva, la Cofetel y en todo caso la SCT, pero no la Comisión Federal de Competencia.

La Cofeco trató, pues, de sustentar la discrecionalidad de sus supuestas atribuciones y el hecho de que su ejercicio en el caso tendría motivación suficiente. Con independencia de que ello es inexacto, lo que omitió apreciar esa autoridad es que en la especie no hay tal precepto legal que le atribuya específicamente facultades de ejercicio discrecional para iniciar de oficio un procedimiento sobre la materia del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones.

Por lo demás, es falso que Telcel intente “tergiversar” los textos y contenidos de las nomas a que alude en su defensa. Por el contrario, es precisamente por lo que dicen o dejan de

decir esas normas que la defensa de improcedencia que ha planteado en el caso debió considerarse fundada, pues por un lado el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones no establece que la Cofeco pueda iniciar de oficio el procedimiento de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes de telecomunicaciones; por otro el artículo 33 bis de la Ley de Competencia es instrumental a ese artículo 63 y en el caso concreto está limitado en su aplicación por aquel; y, finalmente, el artículo 55, fracción I del Reglamento de la LFCE dice lo que Telcel ha sostenido que dice. Quien tergiversa esos preceptos, sus sentidos y contenidos expresos es la propia Cofeco con tal de sostener y pretender fundar una competencia en el caso concreto que, simple y sencillamente, no cumple con el sentido estricto que la motivación y fundamentación en materia de competencia de las autoridades administrativas tiene que cumplir.

Lo cierto es que la inexactitud e insuficiencia en la resolución determina su ilegalidad y el agravio que le causa a Telcel, quien no ha visto colmada la resolución respecto de los extremos de su argumento de defensa.

Contrariamente a lo que afirma la Cofeco, no obsta es suficiente para acreditar la legitimación activa de la Cofeco para actuar de oficio en la especie el que el artículo 33 Bis de la Ley de Competencia autorice que los procedimientos con finalidades regulatorias en general puedan iniciarse de oficio.

En primer lugar la expresión "de oficio" de ese precepto no necesariamente se refiere sólo a esa Cofeco sino que puede imputarse a cualquier otra autoridad, cuestión sobre la que esa Comisión omitió pronunciarse en la resolución que nos ocupa.

En segundo término y más importante, el artículo 33 bis -como norma procesal que es- únicamente deja abierta la posibilidad general de actuación de oficio, misma que deberá ser determinada y definida como corresponda por la ley administrativa material respectiva. En el caso, la definición de si el procedimiento podría iniciarse o no de oficio por la Cofeco no queda a decisión de la Ley de Competencia (que de hecho no lo define), sino de la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 63 que, por lo demás, es la norma especial prevalente en caso de conflicto.

Como lo dijo Telcel y fue "tergiversado" por la Cofeco al resolver, esa es la interpretación consistente con la interpretación del legislador reglamentario manifiesta en el contenido del artículo 55 fracción I, del Reglamento de la Ley de Competencia, que textualmente establece que "las solicitudes a petición de la autoridad respectiva o de parte afectada, en términos de la fracción I, deberán comprender...". Con ello se descarta, pues, que el inicio de oficio corresponda siempre a Cofeco, sino que debe atribuirse a las autoridades respectivas en la materia sobre la que se pretende seguir en procedimiento regulatorio y a quienes faculte la ley especial de esa materia.

Claro, ante la imposibilidad de desvirtuar ese argumento interpretativo, la Cofeco prefirió negar la aplicabilidad en el caso de tal precepto reglamentario, pero lo hace sin basarse en otro de igual naturaleza que juzgare aplicable y sustentare en concreto su actuar de oficio. Desde luego, ello es ilegal, pero también ilustrativo: ¿Por qué la Cofeco no invocó un artículo reglamentario que le permitiera iniciar este procedimiento de oficio, sin intervención de la Cofetel, y que establezca qué requisitos habría de colmar para ello? Sencillamente porque no lo hay.

Lo cierto es que siguiendo el espíritu de la ley y de acuerdo con el principio de distribución de competencias especiales, la interpretación sistemática y lógica del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones impone que los procedimientos de declaratoria de poder sustancial que se sigan en contra de concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones para la imposición de obligaciones específicas no se pueden iniciar de oficio por la Cofeco, sino que requieren de petición de la autoridad reguladora, lo que no sucedió en la especie.

En efecto, siguiendo las normas invocadas por Cofeco en la resolución que se impugna (aunque sin reconocer su validez constitucional, desde luego), si la Cofetel es la autoridad especializada en la materia de telecomunicaciones, si es quien en términos normativos aparece como autorizada para emitir las reglas que rigen en esa materia y si es quien conoce los servicios de telecomunicaciones y la situación que los rodea en un momento dado y quien habría de imponer las obligaciones específicas, entonces es lógico que se concluya que al tenor del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones solamente ella está legitimada para iniciar un procedimiento de declaratoria de poder sustancial ante la Cofeco para efectos de, en su caso, imponer tales obligaciones específicas que considere necesarias y convenientes.

Aunque la Cofeco pretenda negarlo, la interpretación que ha hecho valer mi mandante es la única aceptable y razonable, para evitar que se incurra en argumentos circulares y en dilemas irresolubles. De lo contrario (como sugiere la Cofeco) entre los dos artículos legales se formaría una paradoja de imposible definición: uno exigiría la actualización del supuesto del otro, sin fin, lo que deja en estado de indefensión al gobernado que no sabe quién puede iniciar válidamente estos procedimientos, ni con qué intenciones o propósitos, ni en relación con qué materia.

Lo que no se puede aceptar jurídicamente es que, invadiendo la esfera de atribuciones de la Cofetel, la Cofeco pueda iniciar un procedimiento motu proprio para declarar la dominancia de un agente en un mercado relevante para que se le impongan obligaciones específicas en materia de telecomunicaciones y, con ello, buscar obligar, vincular, forzar y someter a la Cofetel a sus determinaciones en ese sentido, obligándole a emitir las obligaciones específicas o cuando menos a pronunciarse al respecto, pues ello es contrario a los principios y normas que rigen a la administración pública federal.

La Cofeco pretende ignorar y soslayar que el propio artículo 33 bis de la LFCE remite para definir sus extremos a la ley de la materia que deba ser regulada, y en ese sentido constituye una norma en blanco.

En realidad, la Cofeco hace una interpretación forzada del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones (cuya constitucionalidad, desde luego, no se reconoce ni consiente), para intentar someterlo a lo que diga la Ley de Competencia, lo que resulta falaz.

Por el contrario, bajo criterios lógicos y jurídicos es la ley de la materia regulada (la de Telecomunicaciones) la que condiciona la posibilidad de aplicar la ley instrumental (la de Competencia).

Es más, esa es la lógica que se desprende del postulado del artículo 33 bis de la Ley de Competencia, cuya existencia es instrumental, es un medio, por lo que claramente condiciona su aplicación a lo que digan las leyes de la materia regulada, al establecer que

“Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de... existencia de poder sustancial en el mercado relevante... la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda (...)”.

Además el texto del artículo 63 aludido no permite la interpretación que hace la Cofeco en su resolución, pues en realidad ese precepto señala que lo que será “de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica” es la mera consideración de que un concesionario “tenga poder sustancial en el mercado relevante”, pero no el inicio del procedimiento respectivo ni la competencia de quien resuelva. Nada hay en dicho precepto que pueda sustentar que la Ley de Telecomunicaciones permite o autoriza el inicio de un procedimiento en términos del artículo 63 a petición o solicitud de parte ni de persona distinta a la Secretaría o a la Cofetel. No hay tal reconocimiento implícito alguno del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones sobre las facultades que pretende arrogarse la Cofeco, menos aún por cuanto al inicio de un procedimiento como el de marras, por lo que su consideración al respecto carece de fundamento.

A mayor abundamiento, destaco que el hecho de que la Cofeco hubiere desestimado este argumento de defensa de Telcel en la resolución que se combate resulta contradictorio con diversos párrafos de la propia resolución, en los que sostiene que la Cofeco no es incompetente y que no invade la esfera de actuación de la Cofetel, porque es ésta quien decidirá a fin de cuantas (sic) sobre la regulación que a manera de obligaciones específicas se emita y en las que inclusive sostiene que la Cofetel es quien tendrá que ocuparse la finalidad de bien común o interés general que este procedimiento tenga a fin de cuentas. Contradictorio, decimos, porque si eso es así, entonces evidentemente la Cofetel es la única entidad que debe estar en posibilidad de promover y pedir que se emita una declaratoria de poder sustancial en un mercado relevante de telecomunicaciones para efectos regulatorios. En fin.

De manera que lo que resuelve la Cofeco a ese respecto es impreciso, infundado e ilegal.

Fortalece la interpretación de mi mandante en el sentido de que el procedimiento es improcedente y carece de una causa eficiente adecuada pues este tipo de procedimientos per se no pueden ser iniciados de oficio por la Cofeco, no sólo el hecho de que provenga de un marco regulatorio que le es ajeno, sino además porque permitirlo implicaría que se reconozca y se consume un prejuicio contrario a los gobernados.

En efecto, si se permite que sea la Cofeco quien inicie este tipo de procedimientos entonces se consuma la imparcialidad absoluta que antes se destacó, pues si da inicio de oficio a un expediente de este tipo es porque ya tomó la decisión y la postura de que existe al menos algún agente económico con poder sustancial en un mercado relevante, lo que hace que el resto del procedimiento y sus etapas sean verdaderamente requisitos formales en los que las defensas se hacen nugatorias, pues la autoridad que dio inicio a un procedimiento motu proprio es también la que lo resolverá.

Si la Cofeco pudiera iniciar estos procedimientos de oficio, sería mejor que se ahorrara todas las etapas procesales y que simplemente hiciera la declaratoria de poder sustancial sin representar la farsa de un procedimiento en el que la postura de la autoridad resolutora es tal y tan decidida a priori que fue precisamente ella quien inició el expediente de oficio.

Así las cosas, en el procedimiento DC-07-2007 falta legitimación activa en su inicio, pues no existe norma ni razón adecuada para que la Cofeco pudiera darle inicio de oficio, por sí y ante sí, lo que determina la ilegalidad del procedimiento mismo y de la Resolución Definitiva en la que se sostiene lo contrario.

Cabe insistir en que, a fin de cuentas, en un procedimiento de esta naturaleza jurídica, en el que a partir de una disposición de una ley federal (la de Telecomunicaciones) se permite excepcionalmente que una autoridad administrativa pueda imponer obligaciones específicas a una persona que haya sido declarada con poder sustancial en un mercado por la Cofeco, solamente el regulador debe estar legitimado para solicitar a esta autoridad la declaración respectiva. Nadie más.

De lo antes expuesto se concluye que, por las razones apuntadas, en la especie opera la falta de legitimación activa en la causa, por lo que el expediente debió quedar cerrado como asunto concluido. Al no haber sucedido lo anterior, sino haber sido emitida la resolución de 27 (veintisiete) de octubre de 2011 (dos mil once) en que se declara que mi mandante es un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante, se le causa el correspondiente agravio por padecer el resultado, los efectos y consecuencias de un procedimiento viciado de origen, que debió concluir inmediatamente y en el que se han transgredido los preceptos invocados y los derechos de Telcel.”

En el inciso anterior, en síntesis Telcel manifiesta que la Comisión fue omisa en fundar y motivar el ejercicio de sus facultades discrecionales o convergentes, pues resultaba improcedente e ilegal que iniciara de oficio –y sin la intervención de la autoridad reguladora en la materia- el presente procedimiento, pues carecía de legitimación activa para hacerlo lo que acarrea como consecuencia que el procedimiento carezca de una causa eficiente. Al respecto, esta autoridad estima tal argumento como infundado.

En primer término, es preciso transcribir el proemio del artículo 33 bis y resaltar las porciones que se estiman relevantes del mismo:

“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 y 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)

De lo transcrito, es indiscutible que la CFC podía iniciar de oficio procedimientos para resolver sobre cuestiones de condiciones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en un mercado relevante u otros términos análogos cuando las disposiciones legales o reglamentarias lo prevengan expresamente. En el caso concreto, se está frente a un procedimiento tramitado en términos del artículo 33 bis de la LFCE iniciado de oficio y previsto expresamente en el artículo 63 de la LFT. En el mismo sentido, la interpretación original de la LFCE permite concluir que será la CFC la autoridad con las atribuciones para resolver sobre condiciones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial o términos análogos, quien de trámite a dichos procedimientos. A continuación se transcribe la parte conducente de la Exposición de motivos en la que se adicionó el artículo 33 bis a la LFCE:

“(...) En particular, las modificaciones contenidas en esta iniciativa persiguen tres fines específicos:

(...)

2. Fortalecer las facultades de la CFC para remediar directamente problemas de falta de competencia en los mercados.

(...)

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;**⁶⁶ (Énfasis añadido)

De lo transcrito se desprende que al introducir el artículo 33 bis a la LFCE, la intención del legislador era que la CFC detentara las facultades para resolver sobre condiciones de competencia efectiva o existencia de poder sustancial en mercados relevantes. En ese mismo sentido, el ejercicio de esas facultades no quedó supeditado a otro lineamiento más que la resolución sobre competencia efectiva o poder sustancial en mercados relevantes estuviese prevista expresamente en una disposición legal o reglamentaria como en el caso lo es el artículo 63 de la LFT.

Ahora bien, respecto de la manifestación de Telcel relativa a que "(L)a Cofeco pretende ignorar y soslayar que el propio artículo 33 bis de la LFCE remite para definir sus extremos a la ley de la materia que deba ser regulada, y en ese sentido constituye una norma en blanco", se contesta lo siguiente:

Cabe puntualizar que Telcel señala al artículo 33 bis de la LFCE como una "norma en blanco", término que es utilizado en la materia penal como "tipos penales en blanco" que son aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente.⁶⁷

En este sentido, se reitera una vez más a este AEI que el procedimiento que nos ocupa tiene como finalidad resolver sobre condiciones de mercado; es decir, que será empleado cuando este Instituto o cualquier otra autoridad, deba resolver u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros

⁶⁶ Gaceta del Senado de veintisiete de julio de dos mil seis. LIX/2SPR-13/5790. Disponible para consulta en la siguiente página de internet: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=5790>.

⁶⁷ Extracto tomado del siguiente criterio judicial: "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL." Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Pág. 411, 1a. /J. 10/2008.

términos análogos, pues tiene por objeto 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.**

Ahora bien, partiendo de lo anterior se enfatiza que el inicio de éste no se instaura contra ningún particular. Aún en caso de que esta autoridad confirme la Resolución Recurrída y declarase la existencia de un agente económico con poder sustancial, el alcance del **procedimiento sustanciado en el Expediente no incluye la imposición de medidas u obligaciones específicas a este agente económico**, mismas que en su caso, en ese entonces correspondían a la hoy extinta Cofetel.

Es decir, para efectos del presente procedimiento no es necesario establecer las medidas específicas o asimétricas con objeto de evitar que se afecte la competencia y libre concurrencia, toda vez que el procedimiento especial para resolver condiciones de mercado tramitado en el Expediente tiene como finalidad determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, sin que ello implique la imposición de regulación asimétrica al GIE a quien se determinó con poder sustancial, pues esta regulación correspondía a la entonces Cofetel en términos del artículo 63, de la LFT.

Por otra parte, contrario a lo que señala Telcel, el DP y la Resolución Recurrída no constituyen una facultad discrecional. Como bien lo señala Telcel en su escrito del presente recurso, al citar al maestro Gabino Fraga, las facultades discrecionales son aquellas en las que la autoridad tiene posibilidades de elección; sin embargo, la resolución que en su momento emitió la CFC no constituyó en sí misma un acto discrecional, sino que fue una obligación por parte de dicha autoridad emitir la resolución correspondiente al procedimiento, en el presente asunto la declaratoria de poder sustancial, de conformidad con el artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE. A mayor abundamiento respecto a la debida fundamentación y motivación de la Resolución Recurrída y del DP, véase el apartado 3.7.1. de la presente resolución.

Ahora bien, respecto a la transcripción realizada por Telcel de la página 46 de la Resolución Recurrída –en donde se concluyó que la información del acuerdo de inicio era suficiente para iniciar de oficio el procedimiento–,⁶⁸ se reitera a este agente económico que la cita de los artículos 24, fracciones V, 33 bis de la LFCE y 63 de la LFT basta para fundar la competencia con la que contaba la CFC para dar de inicio de oficio, pues tal y como quedó señalado en el numeral 3.2.1. de la presente resolución, de la simple lectura de dichas disposiciones se puede advertir que la Comisión contaba indiscutiblemente con la competencia y facultad para iniciar de oficio y sustanciar el procedimiento tramitado en el Expediente. De igual manera, es necesario resaltar que de tales disposiciones tampoco se desprende que no pudiera hacerlo o que indispensablemente se requiriera la intervención de la autoridad reguladora, en este caso de la Cofetel.

Asimismo, de dicho apartado de la Resolución Recurrída; los artículos en cuestión no sólo se motivan en la conformación contenida en el acuerdo de inicio, sino la información contenida en el Expediente, un aspecto que Telcel omite es que incluso en la Resolución Recurrída se

⁶⁸ "(...) esta Comisión consideró que la información contenida en el expediente y el acuerdo de inicio era suficiente para proceder a "evaluar la capacidad de los concesionarios de telefonía local móvil para fijar unilateralmente tarifas en los servicios de terminación conmutada que prestan a otros operadores de telefonía" y que por tal razón era conveniente iniciar de oficio el procedimiento previsto en el artículo 24, fracción V de la LFCE (...)" . Página 46 de la Resolución Recurrída.

hizo un resumen de la información considerada para motivar el inicio del procedimiento que a continuación se transcribe: “En relación con la motivación, en el acuerdo de inicio se muestran con toda claridad los elementos que dieron lugar a la investigación, los cuales consistieron en: i) hechos referidos por diversos operadores de redes fijas de telecomunicaciones en torno a las tarifas y costos de los servicios de terminación de llamadas en redes móviles, de los cuales tuvo conocimiento esta Comisión a través de información proporcionada en los expedientes OPN-03-2005, DE-37-2006 y DC-06-2007 seguidos ante esta misma autoridad, así como situaciones mencionadas en la resolución de la Cofetel emitida mediante el acuerdo P/161104/196 Resolución EQLLPN), y ii) lo establecido en la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones sobre la función de terminación conmutada y sobre las modalidades el que llama paga local y nacional (EQLLP). Tales elementos mostraron que existen mercados en los que se vende y compra el servicio de terminación conmutada de llamadas entre concesionarios de RPT; que la terminación conmutada de llamadas en los teléfonos de los suscriptores de una RPT sólo puede ser efectuada por el operador de esa misma red; que en las modalidades EQLLP, el concesionario de la RPT donde se origina la llamada debe pagar al concesionario de la red móvil que la termina, una tarifa por dicha terminación y, que algunos operadores de RPT fijas habían manifestado que dichas tarifas eran sustancialmente superiores a las cobradas por los concesionarios de redes móviles a sus suscriptores por llamadas punta a punta. De esta manera, se evidenció la existencia de mercados de terminación de llamadas en los que podría haber un solo oferente con capacidad para fijar precios y restringir el abasto, situación que por sí misma ameritaba, en términos del artículo 33 bis de la LFCE, el inicio de oficio del presente procedimiento, el cual expresamente prevé esa posibilidad, sin que sea indispensable la solicitud de autoridad distinta o petición de parte afectada.”⁶⁹

Como se ha señalado líneas arriba, la LFCE constituye un ordenamiento de carácter general que rige en todas las actividades económicas,⁷⁰ por lo que la CFC se encontraba plenamente facultada para realizar, de oficio, acciones contempladas en dicha disposición normativa en cualquier actividad económica. Lo anterior se refuerza, cuando la propia LFCE, en su artículo 24, fracción V, faculta expresamente a la CFC como autoridad competente, para que resuelva “(...) 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)

Ahora bien, de las manifestaciones realizadas por Telcel respecto a los artículos 9-A, fracción XI y 63 de la LFT, las mismas resultan meramente gratuitas, ya que de la simple lectura que se realice a dichos artículos -como se ha señalado anteriormente- se acredita entre otras cosas, que la Cofetel, como órgano desconcentrado de la SCT, contaba con la atribución para

⁶⁹ Página 45 de la Resolución Recurrída.

⁷⁰ “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 tendientes 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).

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 LFCE, mas no señalaban en ninguna parte que sería la Cofetel la única con la potestad de iniciar o solicitar a la CFC el inicio de un procedimiento sobre poder sustancial.⁷¹ Esta situación también se ha evidenciado de la exposición de motivos transcrita en el presente apartado.

Así pues, la interpretación que realiza Telcel es incorrecta, ya que, como se ha insistido en la Resolución Recurrída, la posibilidad de declarar poder sustancial en mercados relativos a las telecomunicaciones compete tanto a la CFC, como a la Cofetel sin que con ello se genere incertidumbre jurídica, ya que el gobernado conoce los alcances de ambas normas y en caso de duplicidad de procedimientos (situación que en el caso concreto no acontece) estaría en posibilidad de ejercer los derechos que le correspondan.

Respecto la interpretación que realiza Telcel del artículo 55, del RLFCE, debe mencionarse que, si bien dicho dispositivo regula cómo deben realizarse las peticiones a efecto de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE, Telcel –a su conveniencia- omite citar el fragmento inmediato siguiente de dicho artículo, el cual establece“(...) en términos de la fracción I (...)”, esto significa que los requisitos del artículo 55, del RFLCE sólo son aplicables para los casos en que el inicio del procedimiento de declaratoria sea solicitado por parte legitimada para tales efectos y no para cuando el procedimiento inicia de oficio.

La fracción I, del artículo 33 bis, de la LFCE señala en su primera parte lo siguiente: “En el caso de solicitud de parte (...)”, es decir, la fracción I se refiere al inicio del procedimiento, cuando es solicitado por alguna persona facultada para ello y reconoce que existen dos formas de iniciar el procedimiento, esto de acuerdo con el proemio del artículo 33 bis de la LFCE que dice: “(...) la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada (...)”. (Subrayado añadido)

Por las consideraciones anteriores, se concluye que conforme a la LFCE, la CFC se encontraba facultada para iniciar de oficio, tramitar y resolver procedimientos de declaratoria de poder sustancial en cualquier actividad económica, de conformidad con los artículos 1° y 33 bis de la LFCE.

En cuanto a que el artículo 63, de la LFT no señala que la CFC esté facultada para iniciar de oficio el procedimiento de origen, es preciso resaltar que la SCJN ha reconocido que dicha autoridad no es la **única** facultada para aplicar los conceptos de poder sustancial y mercado relevante. 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 la LFCE es de carácter general, incide en todas las actividades económicas, incluidas las

⁷¹ Sirve de apoyo el siguiente criterio judicial: “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.” Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 958. P. /J. 52/2007.

telecomunicaciones, 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.⁷²

Acerca de la "instrumentalidad" de las normas de competencia respecto las de telecomunicaciones, esto sólo es así, en tanto el procedimiento y la resolución constituyen uno de los insumos para que el órgano regulador esté en aptitud de determinar, o no, medidas específicas.

La afirmación de que la Comisión inició con un prejuicio el procedimiento, por haber ya determinado que existe poder sustancial, constituye una apreciación errónea. La LFCE faculta a la CFC para analizar el estado que guarda el mercado, facultades que se encuentran, siempre, supeditadas al resultado de una investigación. Así, cuando dicha autoridad tiene conocimiento de que un mercado puede presentar o presenta determinada estructura, se encuentra facultada para emprender una investigación y determinar la existencia de un agente con poder sustancial. De dichas conclusiones se debe emitir, en su caso, un Dictamen Preliminar, respecto del cual los agentes con interés tendrán oportunidades de defensa e incluso la posibilidad de recurrir la resolución final. De lo anterior se desprende que no existe motivo para considerar que el inicio de oficio del procedimiento de declaratoria por parte de la CFC, implique un acto carente de imparcialidad.

Telcel continúa manifestando:

B) "Con independencia de lo anterior, contrariamente a lo que sostiene la Cofeco en la resolución que se impugna, esa resolución es ilegal porque como expresamente lo reconoce esa autoridad el procedimiento tramitado en el expediente DC-07-2007 no inició propiamente de oficio, sino que deriva de unas solicitudes y manifestaciones de personas interesadas que se formularon sin agotar los requisitos que la promoción a petición de parte hubiese requerido.

En efecto, a foja 1/47 del Dictamen Preliminar se sostuvo que:

"1.2. Dicho procedimiento se inició tomando en cuenta lo siguiente:

a) Dentro del expediente OPN-03-2005 de esta Comisión, diversos operadores de redes locales fijas y de larga distancia manifestaron que las tarifas que pagan por la terminación de llamadas en redes móviles son sustancialmente superiores a las que cobran los CONCESIONARIOS SLM a sus suscriptores por llamadas punta a punta dentro de sus respectivas redes. (Nota al pie número 2 del dictamen preliminar: Estas afirmaciones están contenidas en el expediente OPN-03-2005, en el escrito de fecha primero de marzo de dos mil cinco presentado ante la COMISIÓN por Operadora Protel, S.A. de C.V., Protel I-Next, S.A. de C.V., Marcatel, S.A. de C.V., Conexión XXI, S.A. de C.V., Alestra..., Maxcom telecomunicaciones, S.A. de C.V., Avantel... y Avantel Servicios Locales, S.A)

b) En la resolución P/161104/196 que modificó las RSLD, emitida por el Pleno de la COFETEL, el dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, se señaló que los costos por terminación de llamadas en redes móviles podrían encontrarse muy por debajo de las tarifas de terminación en dichas redes, entonces vigentes.

⁷² 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." Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 1098. P. /J. 61/2007.

c) De la información contenida en los expedientes DE-37-2006 (Nota al pie número 3: La información referida está contenida en el expediente DE-37-2006, en el escrito presentado ante la COMISIÓN el veintinueve de septiembre de dos mil seis por Axtel..., así como en el escrito presentado ante esa autoridad el veintisiete de octubre de dos mil seis por Alestra..., Marcatel Com, S.A., Megacable Comunicaciones de México, S.A. de C.V. y Protel I-Next, S.A. de C.V.) y DC-06-2007 (Nota al pie número 4: La información referida está contenida en el expediente DC-06-2007, en el anexo cinco del escrito presentado ante la COMISIÓN el quince de noviembre de dos mil siete por 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 (sic) 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.) de esta Comisión se desprende que las tarifas por terminación conmutada en redes locales móviles son mayores que algunas tarifas por llamadas originadas y terminadas en una misma red móvil.”

Tal intento de motivación, evidentemente insuficiente, demuestra que la Cofeco en realidad no decidió iniciar este procedimiento de oficio, sino que lo hizo a partir de afirmaciones, consideraciones y opiniones que le plantearon diversos particulares en otros procedimientos, curiosamente algunos concesionarios del servicio fijo, de larga distancia y también un operador móvil (que son las personas en contra de las cuales podrían hacer prueba sus propias afirmaciones, pero no en contra de terceros como Telcel).

Mi mandante hizo manifestaciones al respecto, mismas que quedaron si (sic) resolución en el acto que se impugna.

Como sea, en la Resolución Definitiva se confirma reiteradamente el hecho destacado por Telcel, pues la Cofeco reconoce que decidió iniciar el procedimiento de oficio a partir de la materia de ese procedimiento OPN-03-2005 y del contenido del expediente DC-06-2007, ambos surgidos a petición de parte.

De lo dicho por la propia Cofeco se concluye necesariamente que la decisión de esa autoridad de iniciar el procedimiento y ahora resolverlo no encuentra base en actos de la propia autoridad que le hubiesen llevado a concluir que era necesario darle inicio de oficio a una investigación que le pudiera llevar a ciertas conclusiones o que le demostrare si en verdad la situación de un mercado amerita la imposición de obligaciones específicas, todo lo cual fue omitido.

Al contrario, la decisión de la autoridad de iniciar el procedimiento surge a partir de afirmaciones de particulares que se plantearon en otros expedientes y que, por ello, de ninguna manera reúnen o cumplen los requisitos que se exigen en las normas jurídicas de competencia económica para las denuncias que pudieran dar inicio a un procedimiento como el que nos ocupa, como el artículo 55 del Reglamento de la LFCE.

En realidad la Cofeco ha actuado y resuelto en forma persecutoria, parcial y discriminatoria, violando la igualdad entre los gobernados, y al parecer decidió suplir las deficiencias en las quejas de diversos operadores y la vía en que fueron planteadas, para dar forma aparente a sus denuncias que no cumplieron con los requisitos de ley, y así comenzar un procedimiento en perjuicio de otros operadores o de Telcel, bajo el falaz argumento de que sería un procedimiento iniciado de oficio.

No hay, en realidad, una verdadera actuación oficiosa de la autoridad como se desprende de los párrafos citados. Lo que hay, en todo caso, es un procedimiento que carece de una verdadera causa eficiente, pues lo que verdaderamente sucedió es que la

autoridad administrativa, en perjuicio de los derechos de Telcel, buscó suplir las deficiencias en las quejas señaladas presentadas en otros expedientes. ¿Cuál transparencia entonces? ¿Cuál imparcialidad?

Ello demuestra que el presente procedimiento es ilegal y que el expediente en que se actúa debió cerrarse como tema improcedente y concluido, sin mayor trámite. Por ello, la Resolución Definitiva que sostiene lo contrario es ilegal y debe quedar insubsistente, pues agravia a Telcel quien ha quedado en indefensión.

En el inciso anterior, Telcel en síntesis manifestó que contrario a lo sostenido por la CFC, el procedimiento del Expediente no inició de oficio ni siquiera a instancia de parte, sino que derivó de diversas solicitudes y manifestaciones formuladas por otros agentes económicos, lo que a su juicio la dejó en indefensión. Al respecto, esta autoridad estima que el argumento planteado es **infundado**.

En primer término, cabe puntualizar que las facultades de oficio, son aquellas diligencias y/o atribuciones con los que cuenta la autoridad, las cuales puede ejercer sin solicitud o instancia de parte. Dichas facultades de oficio, guardan una estrecha relación con las situaciones de orden público, pues su grado de aplicación está condicionado a la relación que tenga la marcha del proceso o procedimiento –en el caso en particular, el mercado- con respecto a los principios de orden público e interés general que, en caso de ser afectados, obligarán a la autoridad a intervenir de oficio en tal situación, sin que medie algún requerimiento de las partes –agente económico- y, en ocasiones, pasando por encima de las pretensiones y solicitudes de particulares, pues el objetivo final será el resguardo del superior interés colectivo, en el caso que nos ocupa, la libre competencia y concurrencia.

Precisado lo anterior, resulta errónea la mención que hace Telcel, ya que la información contenida en los expedientes OPN-003-2005; DC-006-2007 y DE-037-2006, fue considerada en su momento por la Comisión únicamente para dar inicio al Expediente,⁷³ pues de ella dicha autoridad advertía elementos suficientes para ejercer su facultad de oficio e investigar las condiciones existentes en los mercados relevantes materia del Expediente. Sin embargo, los procedimientos antes referidos iniciaron, se desahogaron, concluyeron y resolvieron de forma independientemente al asunto tramitado en este último, sin que ello implicara alguna predisposición por parte de la autoridad o que se buscara mejorar o suplir alguna “deficiencia” de los referidos expedientes.

Así pues, la CFC tuvo conocimiento de los hechos ahí analizados -esto es sobre la diferencia que existía en el cobro de tarifas de terminación en las distintas redes móviles- lo cual fue razón suficiente para iniciar el procedimiento para la determinación de poder sustancial. Sin embargo, se reitera que lo anterior no implica ni puede entenderse como petición de los concesionarios para dar trámite al Expediente, o que fuera la solicitud de parte que haya colmado a cabalidad los requisitos a que se refieren los artículos 33 bis, de la LFCE y 55, del RLFCE.

C) En todo caso, aunque hubiese una facultad discrecional de iniciar de oficio y resolver este procedimiento como alega la Cofeco, el caso es que la Resolución Definitiva es ilegal, parcial e incompleta pues sin la debida fundamentación y motivación se soslaya que el

⁷³ A mayor abundamiento véase el numeral 1.2 de la Resolución Recurrída.

Dictamen Preliminar fue omiso en motivar y fundar exhaustivamente el ejercicio de las pretendidas facultades discrecionales, además de que el propio acto ahora impugnado también lo es.

Si bien la Cofeco sostiene que en el caso dio inicio de oficio al procedimiento como el pretendido ejercicio de una facultad discrecional para ello, entonces tal ejercicio adolece de una fundamentación y motivación insuficientes (sic).

Ni en la Resolución Definitiva, ni el Dictamen Preliminar, ni en todo el expediente existe una explicación concreta y suficiente de los motivos específicos por los que se consideró necesario iniciar el procedimiento de oficio, por los que se piensa que la excepcional figura de la declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante para la imposición de obligaciones específicas es indispensable y adecuada en el caso; tampoco existen razones precisas y concretas por las que la Cofeco considera que la figura es aplicable en la especie; motivos, pues, que sustenten el procedimiento, su necesidad y procedencia. No existe nada de eso en el actuar de la autoridad que, por ende, es ilegal e improcedente.

La Cofeco sólo hace interpretaciones extensivas de texto de preceptos normativos, y referencias a lo que dice haber percibido de constancias emitidas o exhibidas en otros expedientes, pero omite precisar qué parte de esos preceptos normativos en específico le darían facultades para actuar de oficio, como ya se ha visto, y además omite decir qué datos en qué sentido y de qué manera le llevaron a formar este expediente e iniciarlo de oficio. Así, si bien aluden en general a las opiniones, solicitudes y manifestaciones de los expedientes OPN-03-2005 y DC-06-2007, así como DE-37-2006, no hay una sola precisión sobre elemento particular, afirmación, prueba o pues cuestión alguna precisa y concreta que pudiera motivar lo que aquí se ha perpetrado.

De hecho, con independencia de la ilegalidad derivada del uso de materiales provenientes de expedientes distintos al que nos ocupa, lo que se ha hecho valer anteriormente y se reitera (particularmente en tratándose de expedientes de los que Telcel no ha sido parte ni ha tenido acceso), lo cierto es que de cualquier manera el uso parcial de documentos de otros expedientes a que se alude en el Dictamen Preliminar y en la Resolución Definitiva para pretender dar razón del inicio del procedimiento de oficio o a su confirmación resulta insuficiente para ser considerado como una adecuada motivación de tal decisión y, en consecuencia, el procedimiento y el propio dictamen son ilegales, pues no contienen una explicación precisa sobre las razones concretas y atendibles por las que se decidió comenzar de inicio este procedimiento en ejercicio de una supuesta facultad discrecional y, con ello, se afectan los derechos fundamentales de defensa y los derechos procesales y sustantivos de Telcel.

Por ejemplo, en el inciso b) del apartado 1.2 del Dictamen Preliminar se dice que la Cofeco inició el procedimiento por una manifestación aislada que encontró en una resolución de Cofetel que es previa a la existencia de la Resolución EQLPN, lo que evidentemente es inadecuado e inaplicable por el tiempo transcurrido, los cambios regulatorios y los cambios fácticos en la industria, por lo que resulta una motivación insuficiente. Incluso se dice "entonces vigentes", haciendo referencia a situaciones pasadas.

Además no se explica en qué contexto se emitió tal opinión parcial, a quiénes les resulta aplicable, qué costos habría tomado en cuenta la autoridad reguladora, menos aún, si tal

resolución es predicable de todos los concesionarios móviles o si es que se encuentra firme o fue consentida.

Por su parte, los incisos a) y c) del numeral 1.2 tampoco constituyen una adecuada motivación del inicio del procedimiento, no sólo porque la Cofeco no precisa en qué situación procesal se encuentran los expedientes a que alude, sino porque la autoridad solamente se refiere a manifestaciones subjetivas provenientes de particulares interesados en la especie, de las que “desprende” conclusiones que no se explican ni justifican, que no constituyen en forma alguna decisiones vinculantes de autoridad cualquiera y que, en todo caso, son opiniones que resultan contrarias a lo resuelto por Cofetel. Llama la atención que se aluda a expedientes que para entonces ni siquiera habían sido objeto de un pronunciamiento de la Cofeco, ni siquiera preliminar (DE-37-2006), así como a un expediente formado con motivo de una denuncia que fue desechada (DC-06-2007).

Lo mismo sucede con las partes correlativas de la Resolución Definitiva, no sólo por cuanto a los antecedentes (páginas 2/423 y 7/423), sino al utilizarlas junto con la opinión OPN-03-2005 para desestimar defensas planteadas por mi mandante (páginas 43/423, 45/423, 48 y 49/423, 111/423, 125/423, y otras), que carecen de esa motivación precisa y exacta que al efecto se requiere en un procedimiento de esta naturaleza e índole.

Finalmente, lo que se diga en tales expedientes no podría hacer prueba ni perjudicar en forma alguna a Telcel, quien no dio lugar a ellos, no los conoce ni los podría conocer debido a la situación de tales trámites, además de que no ha tenido la oportunidad de refutarlos en aquellos procedimientos. Es clara la actitud de Cofeco: Todo lo exhibido, sea lo que sea y como sea, que pueda afectar o perjudicar al sometido al procedimiento, es de valorarse y justificarse; toda defensa, debe ser desestimada. En fin.

Así, resulta ilegal y carente de la debida fundamentación y motivación que tales elementos se pretendan usar en su perjuicio y para desacreditar defensas legítimamente planteadas por Telcel, lo que demuestra además la falta de causa eficiente que se hace valer en este agravio.

En el inciso anterior, Telcel manifestó en resumen que, suponiendo sin conceder que la Comisión tuviera una facultad para haber iniciado de oficio el asunto tramitado en el Expediente, la Resolución Recurrída y el Dictamen Preliminar carecen de la debida fundamentación y motivación de las facultades discrecionales de dicha autoridad.

Al respecto, este Instituto estima que el señalamiento antes referido es **infundado**, ya que contrario a lo que manifiesta dicho agente económico, y tal y como se puede apreciar de la Resolución Recurrída, este IFT advierte que la Comisión sí fundó y motivó la misma así como el DP, manifestándose respecto a la información que consideró pertinente para el inicio del procedimiento que nos atañe.⁷⁴ Dicha información y elementos mostraron las condiciones que existían en los mercados relevantes del servicio de terminación conmutada de llamadas entre concesionarios de RPT al señalar; “que la terminación conmutada de llamadas en los

⁷⁴ Como se mencionó en el inciso anterior, dicha información consiste en: (I) los hechos referidos por diversos operadores de redes fijas de telecomunicaciones en torno a las tarifas y costos de los servicios de terminación de llamadas en redes móviles, de los cuales tuvo conocimiento la Comisión a través de información proporcionada en los expedientes OPN-03-2005, DE-37-2006 y DC-06-2007, así como situaciones mencionadas en la resolución de la Cofetel emitida mediante el acuerdo P/161104/196 Resolución EQLLPN) y (II) lo establecido en la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones sobre la función de terminación conmutada y sobre las modalidades EQLLP.

teléfonos de los suscriptores de una RPT sólo puede ser efectuada por el operador de esa misma red; que en las modalidades EQLLP, el concesionario de la RPT donde se origina la llamada debe pagar al concesionario de la red móvil que la termina, una tarifa por dicha terminación y, que algunos operadores de RPT fijas habían manifestado que dichas tarifas eran sustancialmente superiores a las cobradas por los concesionarios de redes móviles a sus suscriptores por llamadas punta a punta”.

De esta manera, y tal como se mencionó en el inciso anterior de la presente resolución, con la información que tenía conocimiento la CFC, se evidenció la existencia de mercados de terminación de llamadas en los que podría haber un solo oferente con capacidad para fijar precios y restringir el abasto, situación que por sí misma ameritaba -en términos del artículo 33 bis de la LFCE- el inicio de oficio del presente procedimiento, el cual -como se ha reiterado- expresamente prevé esa posibilidad, sin que sea indispensable la solicitud de autoridad distinta o petición de parte afectada.

Tocante a las facultades discrecionales de la Comisión, en efecto éstas descansan en la libertad de apreciación que la legislación de competencia le otorga para lograr las finalidades de la propia LFCE. No obstante, no se trata de una libertad irrestricta y absoluta, ya que la misma se encuentra circunscrita a los criterios y procedimientos que la ley impone para abstenerse o iniciar de oficio los trámites que en ésta se señalan, debiendo en todo caso asegurarse que existan las condiciones y elementos de convicción necesarios que permitan darles curso.

Así pues, en el artículo 33 bis se establece el procedimiento para que la Comisión resolviera sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante para los casos en que las disposiciones legales o reglamentarias así lo prevengan, incluyendo expresamente la posibilidad de iniciarlo de oficio.

En concordancia con lo anterior y tal y como quedó de manifiesto en el numeral 3.2.1. de la presente resolución, tanto la legislación en la materia de competencia como en la materia de telecomunicaciones, preveía el actuar de la Comisión para resolver sobre la materia del Expediente, es así que una vez se explica que, el artículo 63 de la LFT reconocía que la determinación de poder sustancial se llevaba a cabo conforme a la LFCE, y en el artículo 24, fracción V, en relación al diverso 25, párrafo segundo de esta ley, se otorga al Pleno de la Comisión la facultad de “(...) resolver sobre 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 (...)”.

En el caso específico, la información contenida en el Expediente y el acuerdo de inicio era suficiente para proceder a “(...) evaluar la capacidad de los concesionarios de telefonía local móvil para fijar unilateralmente tarifas en los servicios de terminación conmutada que prestan a otros operadores de telefonía (...)”⁷⁵ y por tal razón era conveniente iniciar de oficio el procedimiento previsto en el artículo 24, fracción V de la LFCE, tal como lo señaló la CFC de la siguiente manera: “(...) para determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, previstos para efectos de la modalidad el que llama paga en la regla vigésima séptima de las

⁷⁵ Página 2 del Acuerdo de Inicio. Folio 1 del Expediente.

RSL y la modalidad el que llama paga nacional establecido en las Reglas del Servicio de Larga Distancia, en términos de los artículos 63 de la LFT y 33 bis de la LFCE (...).⁷⁶

En suma, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24, fracción V, y 33 bis de la LFCE, la Comisión estaba facultada para iniciar procedimientos para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes no sólo a petición de parte, sino también de manera oficiosa, lo cual significa que cuenta con facultades discrecionales que le permiten elegir el tiempo y circunstancias que, a su juicio, justifican el inicio del procedimiento, bastando para ello que sus actuaciones se ciñan a lo previsto por la propia ley y que cumplan con los requisitos de fundamentación y motivación. Finalmente, es necesario resaltar que en ningún momento se dejó a Telcel en estado de indefensión en el presente procedimiento, en virtud de que en todo momento se cumplieron las formalidades establecidas en el artículo 33 bis de la LFCE para su desahogo. Por lo tanto, no es posible afirmar que la CFC haya vulnerado su derecho a una debida defensa.

Por lo que hace al hecho de que supuestamente Telcel no pudo defenderse de los expedientes de los que la CFC extrajo elementos para concluir que resultaba necesario iniciar un procedimiento de los previstos en el artículo 33 bis de la CFC, el argumento también deviene infundado en virtud de que Telcel no justifica transgresión alguna. Es decir, no indica qué perjuicio le fue causado en los expedientes aludidos, situación que evidencia la falta del mismo.

D) Así, resulta ilegal y carente de la debida fundamentación y motivación que tales elementos se pretendan usar en su perjuicio y para desacreditar defensas legítimamente planteadas por Telcel, demostrando la falta de causa eficiente que se hace valer en este agravio.

Respecto del presente inciso, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenó a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantiene en los términos que a continuación se señalan.

En cuanto a la imprecisión en la motivación para iniciar el procedimiento y el uso de elementos provenientes del expediente OPN-003-2005, en las páginas 43 a 49, 111 y 125 de la Resolución Recurrída, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**. Telcel no señala cómo es que estos elementos desestimaron sus defensas, ni siquiera indica a qué defensas se refiere, mucho menos combate en específico la argumentación de la CFC, de lo que se desprende que esta autoridad no se encuentra en posibilidad de manifestarse debido a la imprecisión y vaguedad del argumento.

Por lo que hace a que el apartado 1.2 del DP utiliza frases descontextualizadas y previas a la modalidad EQLLPN, el argumento es **inoperante porque su contenido es genérico** toda vez que no indica cuáles fueron las frases descontextualizadas y previas a la modalidad EQLLPN, mucho menos indica cuál es la afectación que le ocasiona, ni cómo se modificaría el sentido de la Resolución Recurrída.

⁷⁶ Ídem.

3.2.3. Carencia de causa eficiente y causa final.

Respecto de los numerales 3.2.3 y 3.2.4., el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, los mismos no se encuentran en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas a los mismos se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Resolución Recurrida viola los artículos 1º, 3º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348, 349 del CFPC y demás relativos.

I. La Resolución Recurrida es contradictoria, pues señala que la Cofetel es competente para decidir si emite o no obligaciones específicas, pero concluye que las deberá imponer en los términos definidos por la Comisión. No se entiende tal postura, por lo que es ilegal y deja a mi mandante en incertidumbre. La Comisión no se pone de acuerdo ni consigo misma.

El procedimiento se ha tramitado en forma inútil, en violación al artículo 113 de la CPEUM y a los derechos de mi mandante, llamada a un procedimiento absurdo. Según la propia Comisión el procedimiento del 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.

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 mi mandante, pido se deje sin efecto legal alguno la substanciación del procedimiento y la resolución que se combate.

II. El procedimiento carece de causa eficiente y final, pues la Comisión, al resolver el expediente DC-08-2007, sostuvo que como consecuencia de la declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante de "servicios de telefonía móvil a nivel nacional" ahí dictada, se ha de regular a Telcel.

Cabe tener aquí por reproducidas las consideraciones vertidas por Telcel sobre la materia del procedimiento seguido en el expediente DC-08-2007 y el presente, como si se insertasen a la letra. Con la resolución del expediente DC-08-2007 respecto de Telcel, el propósito regulatorio de este procedimiento, ya no existe y, por lo tanto, la Resolución Recurrida es ineficiente y, por ello, ha de quedar insubsistente.

El argumento es infundado. Como ya se ha precisado en las respuestas brindadas en los aparatos 3.2.1 y 3.2.2 de esta resolución, 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.

En cuanto a que la Resolución Recurrida es contradictoria porque señala que la Cofetel es competente para decidir si emite o no obligaciones específicas, pero concluye que las

deberá imponer en los términos definidos por la Comisión, esto resulta inoperante por no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la Resolución recurrida y omitir patentizar la relevancia de su argumento en el dictado de la misma. El hecho que la declaratoria de poder sustancial constituye el presupuesto indispensable para que los reguladores sectoriales (en ese momento la Cofetel) consideren la imposición o no de medidas específicas en nada modifica el sentido de la Resolución recurrida. 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.

Por cuanto al argumento sobre la prueba superveniente consistente en la copia de la resolución dictada en el expediente DC-008-2007, se remite la contestación al apartado 3.9.2 de esta resolución.

3.2.4. Falta de finalidad al bien común.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Resolución Recurrída viola los artículos 1º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC, ya que carece de la expresión y demostración de una causa impulsiva o final que pudiera sustentar cualquier intento de declaratoria para la posterior emisión de obligaciones específicas.

Tales cuestiones no se analizan en la Resolución Recurrída en cuanto confirma al DP, ni se desprenden del inicio al procedimiento del Expediente.

Es más, reconociendo la ilegalidad de su actuar en este sentido, 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.

El procedimiento del Expediente y la Resolución Recurrída 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.

No existe en la resolución la mención de efecto favorable al proceso de competencia no se destaca algún beneficio de interés general concreto que su buscaría obtener al declarar el supuesto poder sustancial en el mercado relevante en busca de una regulación. No hay consideración o análisis tendiente al bien común que justifique la tramitación y resolución del Expediente, que por lo tanto debe quedar insubsistente.

Y, de hecho, ninguna puede haber, pues como se ha dicho Telcel no tiene poder sustancial como se pretende, sino que por el contrario es un concesionario del servicio de telefonía local móvil que presta sus servicios al público conforme a sus títulos de concesión y a la normatividad general aplicable, de manera suficiente, de forma tal que su actividad conforme a la ley redunde en beneficios para la sociedad. Esto es, en última instancia, no hay razón de fondo atendible que justifique que se le califique como dominante para imponerle regulación específica cualquiera.

Es más, pareciere que la Comisión busca que simplemente se favorezca a concesionarios que presten el servicio de telefonía local o el de larga distancia, por lo que no se expresa razón de bien común alguna que justifique el procedimiento de declaratoria de poder sustancial, menos aún la regulación que ni siquiera se entiende en qué consistiría. Por el contrario, lo que la Comisión pareciere pretender es que de este procedimiento resulte algún beneficio para los competidores de Telcel, acaso en detrimento de los usuarios de Telcel y del proceso de competencia, lo que es ilegítimo.

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 Constitución. 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.

De manera tal que ante la ausencia de una finalidad o causa impulsiva concreta de interés público que lo sustente, el procedimiento del Expediente es innecesario, inútil e improcedente y, por ello, la Resolución Recurrída 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.

Desde luego, el simple hecho de que la declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante carezca de una finalidad de bien común que la justifique, implica que -a su vez- tal resolución no podrá sustentar en forma alguna la emisión de obligaciones específicas que tampoco podrá ya estar justificada en forma alguna.

El argumento es **infundado**. Ya se ha sostenido en los apartados 3.2.2 y 3.2.3, así como en criterios de la SCJN que sostienen que "(...)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(...)"⁷⁷ (Énfasis añadido)

De ahí que este procedimiento sí tenga una finalidad específica.

En cuanto a la conclusión de que sólo la Cofetel puede solicitar las declaratorias de poder sustancial en materia de telecomunicaciones, procede destacar que un procedimiento de

⁷⁷ Sentencia emitida por la Segunda Sala de la SCJN el diecisiete de agosto de dos mil once, dentro del expediente de contradicción de tesis número 290/2011.

esta naturaleza es muy complejo, puesto que se tramita ante diversas autoridades y que dichas autoridades, así como sus actuaciones, se complementan. Ahora bien, el procedimiento se inició de oficio porque se consideró que la información de la que tenía conocimiento la CFC ameritaba que la autoridad sectorial estuviera en posición de decidir sobre la pertinencia o no de establecer una regulación.

En cuanto a beneficiar a los concesionarios del SLF y del SLD, debe apuntarse que la CFC no tiene dicha finalidad, sino la de realizar una investigación y análisis de las condiciones que guarda el mercado, sin pretender beneficiar en forma parcial a sujetos en particular.

3.3. Requerimientos de información y apercibimientos

El presente numeral se responde en estricto cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b., del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.7. de la Ejecutoria: “**4.7.** En los rubros **3.3 Requerimiento de Información y Apercibimientos**, (...) la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar), señalando que los argumentos fueron alegados por TELCEL en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró, había precluido su derecho para hacerlo (mencionan que parte de esos argumentos habían sido atendidos). (Énfasis añadido)

Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis íntegro y de fondo sobre el argumento planteado y para ello, se transcribe de manera total el argumento contenido en el primer agravio de Telcel.

“3. Oficio de 18 de diciembre de 2007 (Primer requerimiento formulado a Telcel).

El oficio de mérito, que se notificó a Telcel es ilegal y le causó perjuicios, como a continuación se expone:

En primer lugar, el oficio carece de fundamentación y motivación, pues no se sustenta en preceptos jurídicos aplicables y excede los supuestos contemplados por la legislación para la realización de actos de autoridad. El oficio de 18 de diciembre citado carece de definición e información precisa sobre la causa, motivos concretos, pretensiones, consecuencias y alcances que este procedimiento pudiere tener, por lo que mi representada estaba imposibilitada para proporcionar la información y documentos que se le requirieron. Además, el requerimiento formulado en el oficio contiene o puede contener información que guarda el carácter de confidencial y/o reservado para efectos de Telcel y también de terceros, por lo que por esa razón tampoco podía cumplirse.

Asimismo, el requerimiento de información y documentos formulado, por sus pretendidos alcances, constituye una pesquisa, ya que se intenta que Telcel proporcione información protegida y con valor comercial a efecto de que sea usada en su contra.

En efecto, lo Cofeco pretendió que mi mandante presentara información y documentos sin que conociera los hechos materia de la investigación, sin que se le hubiere impuesto de la materia precisa de la misma, ni se le informaran las circunstancias temporales o especiales precisas que la motivaron y sin que se motivara debidamente el acto de

autoridad, todo ello en exceso de las atribuciones de esta Comisión y con el ilegal objeto de que mi representada pudiera autoincriminarse ante la falta de conocimiento de la causa.

Telcel, considerando que no tenía obligación alguna de proporcionar la información que arbitrariamente se le solicitó, se negó a hacerlo e informó a esta Comisión las razones que fundaron su actuar, para no proporcionar la información, que en vías de autoincriminación pretendía obtener ilegítimamente la Cofeco.

Entre sus razones para no otorgar la información solicitada, Telcel manifestó lo siguiente:

“ACLARACIÓN Y RESERVA DE DERECHOS

Mi representada aclara al Director General de Mercados Regulados y a cualesquiera otras autoridades de esa Comisión Federal de Competencia que las promociones y repuestos presentadas y que se presenten en este procedimiento iniciado de oficio para determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios o concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil previstos para efectos de la modalidad el que llama paga nacional, no implica ni puede significar en forma alguna el consentimiento de Telcel, respecto de la legitimidad, legalidad o validez de los actos del propio procedimiento ni de quienes en él intervengan ni de sus efectos o consecuencias. Sencillamente se trata de la respuesta legítima que presenta un particular en un procedimiento administrativo a petición de una autoridad para no entorpecer su actuación.

Así las cosas, la presentación de este escrito no implica, en forma alguna, la conformidad o el consentimiento de mi representada respecto de la aplicabilidad o la constitucionalidad de las disposiciones, invocadas por las autoridades, ni de la competencia de éstos, ni de los actos que han dado origen o inicio a este procedimiento administrativo, ni de las actuaciones que con su motivo se hubieren suscitado y se susciten. Telcel se reserva su derecho para en su caso impugnar esas normas, actos y/o efectos en el momento procesal oportuno a través de los medios de defensa que le concedan la Constitución y la legislación aplicable.

IMPOSIBILIDAD DE DAR CUMPLIMIENTO AL REQUERIMIENTO

En el oficio número DGMR-10-096-2007-550, de 18 de diciembre de 2007 de referencia el Director General de Mercados Regulados de esta Comisión determinó que “Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. es un agente económico con interés en el presente procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54, fracción II, incisos b) y c) del Reglamento de la LFCE”. En idénticos términos el propio Director se pronunció en el acuerdo de 14 de enero de 2008.

En esa virtud, sin que implique reconocimiento sobre la validez de acto o precepto alguno, el caso es que en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, habida cuenta que mi mandante ha sido considerada por esa Comisión como un agente económico con interés en el procedimiento al cual la autoridad competente le aplicaría la regulación respectiva, en esta situación procesal Telcel se encuentra imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló y para presentar la información o documentos respectivos, y en su caso, una vez que se respete plenamente su garantía de audiencia previa, podrá manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estime pertinentes ante la Comisión dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación.

Por lo demás, debido a la indefensión e inseguridad jurídica que causa a mi mandante la falta de definición e información precisa sobre la causa, motivos concretos, pretensiones, consecuencias y alcances que este procedimiento pudiera tener, mi representada se encuentra imposibilitada para proporcionar la información y documentos que se le requieren, que además contiene o pudieran contener información que guarda el carácter de confidencial y/o reservada para efectos de Telcel y también para terceros.

Lo anterior se hace expresamente del conocimiento de la Comisión, no solo para salvaguardar los derechos de Telcel, sino con el objeto de no entorpecer ni afectar en forma alguna la investigación que en su caso realice.

Por último, Telcel destaca que resulta indebido que se le hubiere formulado un requerimiento bajo apercibimiento de aplicar en su perjuicio un precepto que ha sido declarado inconstitucional para sus efectos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Expediente 2884/97, motivo por el cual se reserva los derechos y acciones que procedan a ese respecto."

Sin embargo, a pesar de lo expuesto por Telcel, esta violación al procedimiento trascendió al dictado de la Resolución Definitiva, no sólo por hacerse patente en la emisión de una declaratoria en su perjuicio en forma discriminatoria y desigual, sino porque en esa resolución se infiere indebidamente que los argumentos de defensa de mi mandante en relación con la violación a formalidades esenciales del procedimiento son incongruentes, inexplicables e infundados.

Por otro lado, en dicho oficio se califica a Telcel como agente económico con interés, lo que en sí constituye un prejuzgamiento en su contra.

Por último, resulta indebido e ilegal que se le hubiere formulado a Telcel un requerimiento, bajo apercibimiento, de aplicar en su perjuicio un precepto que ha sido declarado inconstitucional para sus efectos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 2884/97, motivo por el cual se reservó y reserva los derechos y acciones que procedan a ese respecto, aún y cuando en la Resolución Definitiva se pretenda lo contrario.

Esta violación procesal ha trascendido al trámite de este procedimiento y en el dictado de la Resolución Definitiva que se combate por lo que deberá ser revocada en términos de lo expuesto.

4. Auto de 14 de enero de 2008

El auto de 14 de enero está dictado en los mismos términos que el oficio de 18 de diciembre de 2007, por lo que también es ilegal y causa perjuicios a mi mandante, como a continuación se expone:

En obvio de repeticiones innecesarias, ruego se tengan aquí por reproducidos todos y cada una de las consideraciones esgrimidas en el apartado inmediato que antecede, pues tanto en el auto de 14 de enero de 2008, como el oficio de 18 de diciembre de 2007 contienen la misma argumentación y razonamientos, por lo que pido se tengan por aquí reproducidas.

Adicionalmente, manifiesto que el auto de 14 de enero citado es ilegal en sí mismo, pues al reiterar el requerimiento formulado a Telcel, la Comisión se abstuvo de acompañar el cuestionario respectivo, por lo que esta violación procesal ha trascendido al trámite de

este procedimiento y en el dictado de la Resolución Definitiva que se combate por lo que deberá ser revocada en términos de lo expuesto.

5. Reiteración del requerimiento, auto de 28 de enero de 2008.

El auto de 28 de enero también es ilegal y causa perjuicios a mi mandante, tal y como se demuestra a continuación:

I.- La ilegalidad es manifiesta en tanto que desconoce absolutamente las manifestaciones formuladas por mi mandante al dar respuesta, conforme a sus derechos y garantías procesales, a los diversos requerimientos formulados anteriormente por esta Comisión. En lugar de atender y actuar conforme a lo que mi mandante expuso y justificó en sus comparecencias anteriores, la Comisión simplemente descalificó lo dicho por Telcel para formular un nuevo requerimiento bajo un apercibimiento ilegal e incongruente.

El apercibimiento de "que esta 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 Telcel, en su carácter de personas (sic) relacionada con los hechos materia del presente procedimiento se niegue a proporcionar información o documentos, a declarar o facilitar la práctica de las diligencias que hayan sido ordenadas o que entorpezcan el procedimiento." Resulta ilegal e improcedente, pues es contrario a los derechos procesales de Telcel como agente económico con interés y es incongruente con las constancias de autos.

El auto de 28 de enero citado fue completamente omiso en relación con las manifestaciones de Telcel respecto de la improcedencia del apercibimiento de multa que se le había formulado reiteradamente, que es ilegal per se, por lo que debía quedar sin efectos. Así, contrario a asumir las consecuencias procesales de tan ilegal actuación, el Director General de Mercados Regulados fingió que dicho apercibimiento jamás existió.

En efecto, en el auto de 28 de enero no se hace pronunciamiento alguno sobre la improcedencia o, quizá, sobre la aplicación al gobernado de tal apercibimiento ilegal. Desde luego, ello incide en que la reiteración del requerimiento de información y documentos, bajo un nuevo apercibimiento, resultare improcedente, al no agotarse las decisiones previas de la autoridad ni lo sometido a su consideración.

Por otro lado, en el multicitado auto de 28 de enero se desestiman las manifestaciones vertidas por mi mandante en escrito de 24 de enero de 2008, pretendiendo desconocer lo antes resuelto por el propio Director General de Mercados Regulados en el expediente en que se actúa, para así reiterar de manera improcedente un requerimiento de información que también lo es, pero ahora con diverso fundamento y bajo un nuevo apercibimiento ilegal.

En cualquier supuesto, como ya se ha dicho, Telcel estaba imposibilitado para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló y reiteró, así como para presentar la información o documentos respectivos, pues la propia Comisión Federal de Competencia, motu proprio (sic) y en forma reiterada, le atribuyó el carácter de agente económico con interés en el procedimiento al cual la autoridad competente le aplicaría la regulación respectiva, por lo que en términos de lo establecido en la fracción VI del artículo 33 bis de la Ley Federal

de Competencia Económica, hasta en tanto se respete su garantía de audiencia previa, Telcel podría hacer valer sus derechos procesales plenamente.

Por lo anterior, es improcedente e ilegal que se le haya formulado y reiterado a Telcel el requerimiento, bajo apercibimiento cualquiera, pues a nadie puede obligarse o renunciar o derecho alguno en su perjuicio y porque existe causa legal que implica que mi mandante no puede ser obligada a pronunciarse en el procedimiento hasta que se respeten plenamente su (sic) garantías de audiencia y legalidad que le corresponden como agente económico con interés.

Cabe destacar que, contrariamente a lo que se afirma en el auto de 28 de enero, no fue Telcel sino el mismo Director General de Mercados Regulados quien atribuyó a mi mandante el carácter de agente económico con interés en términos de los artículos 54, fracción II, incisos b) y c) del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, lo que la colocó en el supuesto del artículo 33 bis fracción VI de esa Ley. Esto es ese carácter calificado que Telcel tiene respecto de este procedimiento proviene de una decisión de la autoridad, no de un alegato del gobernado.

Naturalmente, además de las causas de improcedencia e imposibilidad jurídica que se han manifestado previamente respecto de los requerimientos de información -que pido se tengan aquí por reproducidos-, lo cierto es que su reiteración y el apercibimiento formulado también resultan improcedentes, por la incorrecta motivación del auto de 28 de enero y ello determina nuevamente que se hubiesen actualizado causas de imposibilidad para su desahogo.

Contrario a lo que se pretende en el auto de 28 de enero, es jurídicamente imposible que una misma persona tenga dos calidades dentro de un mismo procedimiento, más aún cuando uno de ellos puede afectar, inclusive anular, a la otra. Ello no sólo resulta poco razonable, sino francamente arbitrario y demuestra el carácter persecutorio e inquisitivo de esta investigación.

No es jurídicamente posible que mi mandante tenga al mismo tiempo el carácter calificado de "agente económico con interés" en términos de las normas mencionadas y el simple carácter de "cualquier persona que tenga relación con el presente procedimiento", pues la Constitución y las leyes aplicables colocan a ambas personas en situaciones jurídicas concretas distintas y distinguibles, atribuyéndoles y reconociéndoles derechos y obligaciones diversas, según sea el caso. De hecho, esa es la razón por la cual las normas jurídicas hacen calificaciones distintas entre las personas respecto de un procedimiento o relación jurídica.

Contrario a lo que se afirma en el auto de referencia, la calificación que hizo la autoridad respecto de mi mandante como un agente económico con interés en términos de los incisos b) y c) de la fracción II del artículo 54 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, le impidió atender el requerimiento de la autoridad en ese momento procesal, habida cuenta que la fracción VI del artículo 33 bis de dicha Ley le concedía la posibilidad de pronunciarse en momento diverso, precisamente por tener el carácter calificado que la autoridad le atribuyó.

Ahora bien, la ilegalidad también es manifiesta, ya que en el auto de 28 de enero no existe precisión sobre las razones por las cuales Telcel es considerado como agente económico

con interés y simplemente como una persona que tiene relación con el presente procedimiento. No obstante ello, en el oficio número DGMR-10-096-2007-550 el mismo Director General de Mercados Regulados sí pretendió expresar las razones por las que Telcel tiene relación con el caso de que se trata y las vinculó claramente al hecho de que mi mandante es un agente económico con interés en términos de los incisos b) y c) de la fracción II del artículo 54 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Por ello, las constancias de este procedimiento demuestran que no existe posibilidad de disolver esa situación jurídica creada con la calificación hecha por la autoridad, quien dijo que la relación de Telcel con el asunto consiste justamente en que se le calificó como un agente económico con interés. Ese pronunciamiento previo del Director General de Mercados Regulados, no debe ser desconocido ni desestimado.

Además, se pretende una relación de Telcel con los "hechos materia del procedimiento", pero ningún hecho concreto se mencionó con claridad, ni se informó o mi mandante cuál es la materia precisa del procedimiento, razón por la cual su motivación es insuficiente e ilegal. Tal parece que la Comisión tramita un procedimiento relativo a prácticas monopólicas y no respecto de situaciones de mercado.

Por último, la reiteración del requerimiento de información nuevamente carece de una motivación suficiente, pues inclusive el contenido de tal requerimiento sólo podría conocerse mediante referencia a un acto administrativo distinto del auto de 28 de enero, además de que ni siquiera hubo precisión en cuanto al plazo que se hubiere concedido.

ii. - En lo que se refiere al apercibimiento decretado en el auto de 28 de enero de 2008, además de ser improcedente el requerimiento del que derivó, lo cierto es que en sí mismo también resultó ilegal e inaplicable.

A pesar de que mi mandante no reconoce la validez de precepto o acto alguno, lo cierto es que el apercibimiento decretado, además de carecer de un contenido preciso y sustentable, es improcedente y contrario a las constancias de autos que le dieron origen.

Lo establecido en el artículo 34 bis segundo párrafo de la Ley Federal de Competencia Económica no es aplicable en la especie dado que mi mandante no tenía el carácter de un "agente económico emplazado", ni de "aquél cuyos hechos sean materia de investigación", como lo exige tal disposición. Al emitirse dicho apercibimiento Telcel no había sido emplazado al procedimiento DC-07-2007 y, no se tenía más que la presunción de que lo Cofeco investigaba la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios o concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de concesionarios del servicio local móvil previstos para efectos de la modalidad el que llama pago y el que llama paga nacional, más no conductas, actos o hechos de mi representada, habida cuenta que no se trata de un procedimiento por prácticas monopólicas.

Además, lo dispuesto en el artículo 34 bis segundo párrafo no está previsto como una medida de apremio según el artículo 34 de la propia Ley, por lo que no es lícito pretender usarla como tal, como se hizo en el auto de 28 de enero.

Por otro lado, el apercibimiento formulado en el auto de 28 de enero también resultó improcedente e ilegal, pues no guardó relación alguna de grado, proporción o materia

con el apercibimiento previamente decretado respecto de Telcel en el oficio de 18 de diciembre de 2007 en relación al mismo requerimiento de información. Desde luego, no es posible jurídicamente hacer un apercibimiento nuevo con base en la reiteración de un requerimiento previo sin que el apercibimiento correspondiente o ese primer requerimiento se hiciera efectivo o fuese dejado sin efectos. Además, la autoridad tampoco puede plantear un segundo apercibimiento respecto del mismo requerimiento formulado previamente que carezca de relación de materia y/o proporción de grado respecto del apercibimiento anterior. Asimismo, es ilegal que la autoridad consienta implícitamente argumentos expresos de las particulares, tiene que resolverlos y, por ello, para emitir un apercibimiento nuevo, como el que nos ocupa, tenía que dejar sin efectos o hacer efectivo el previo de multa, cosa que no sucedió.

Por último, bajo la óptica y alcances que la autoridad pretendió darle al apercibimiento que decretó, cabe destacar 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.

Es por ello que, tanto la reiteración del requerimiento de información y documentos, como la formulación del apercibimiento relativo que se contienen en el auto de 28 de enero, resultan ilegales y causan daños a Telcel al haber trascendido y seguir trascendiendo en la secuela de este procedimiento y en la Resolución Definitiva que se impugna, por lo que deberán revocarse atento a lo anterior.

6. Auto de 22 de febrero de 2008.

El auto de 22 de febrero es ilegal y trasgrede los derechos y garantías de Telcel, ya que carece de una debida fundamentación y motivación, no es exhaustivo ni preciso en relación a lo que se le sometió a la consideración de la Cofeco y es contrario al texto del artículo 6 del RLFCE. En efecto, en el auto de 22 de febrero se desestimó por completo lo expuesto y fundado por Telcel, por lo que deberá ser revocado.

Reitero todas y cada uno de las consideraciones esgrimidos en el escrito de 19 de febrero de 2008 así como en los apartados 4 y 5 inmediatos anteriores, los que pido se tengan aquí por reproducidos como si se insertasen a la letra.

Consecuentemente, el auto de 22 de febrero, por el que se hace efectivo el apercibimiento decretado por diverso de 28 de enero, también es ilegal, en virtud de la ilegalidad per se del apercibimiento mismo y ha trascendido a la Resolución Definitiva.”

Lo manifestado por la recurrente resulta **infundado** en razón de las siguientes consideraciones:

Contrario a lo señalado por Telcel, los acuerdos mediante los cuales se le requirió y se le reiteró sobre la presentación de diversa información solicitada por la Comisión están debidamente fundados, tal y como se advierte de la simple lectura que se dé a los acuerdos de veintiocho de enero y veintidós de febrero, ambos del año dos mil ocho, puesto que de dichos documentos se advierte que éstos sí contienen todos los artículos en que la Comisión

fundamentó sus actuaciones, tal y como se advierte de la lectura que se realice a dichos acuerdos.⁷⁸

Por otro lado, Telcel realiza manifestaciones subjetivas, puesto que no aporta ningún fundamento o prueba que acredite que los preceptos con los que se fundamentaron los requerimientos tachados de ilegales, efectivamente no hayan sido aplicables o que aquellos que si lo fueran, no se hayan insertado en los citados requerimientos.

Ahora bien, en virtud de la omisión de Telcel de presentar la información requerida mediante el diverso **DGMR-10-096-2007-550, de dieciocho de diciembre de dos mil siete**, Telcel pretendió subsanar el incumplimiento a dicho requerimiento mediante la solicitud de una prórroga, solicitud que fue admitida por la Comisión concediéndole un plazo adicional de cinco días hábiles para cumplir con dicho requerimiento.

No obstante lo anterior, la prórroga concedida también transcurrió sin que Telcel diera respuesta al requerimiento, presentando en su lugar el día veinticuatro de enero de dos mil ocho un escrito señalando que se encontraba imposibilitada para dar respuesta al requerimiento.

Ante el incumplimiento evidente de Telcel, fue necesario requerirle nuevamente mediante acuerdo de **veintiocho de enero de dos mil ocho**, reiteración que también ignoró, lo cual dio lugar a que **el veintidós de febrero del dos mil ocho** se emitiera una nueva reiteración. En general, en los acuerdos del **veintiocho de enero y veintidós de febrero de dos mil ocho** se reiteraron a Telcel las consideraciones contenidas en el oficio de **dieciocho de diciembre de dos mil siete y catorce de enero de dos mil ocho**, respecto a la importancia de la información que fue solicitada por la Comisión para realizar el análisis de competencia a que se refieren los artículos 12 y 13 de la LFCE y correlativos de su reglamento, dentro del procedimiento del Expediente.

También es **infundado** el argumento señalado por la recurrente en el cual manifiesta que en los requerimientos de información la Comisión no señaló la motivación de la extensión, las causas concretas, objetivos, consecuencias y alcances de los requerimientos ni de los dos acuerdos de reiteración. Se señala lo infundado de dichos argumentos toda vez que, contrario a lo señalado por la recurrente, en dichos acuerdos si se explicó con toda claridad y de manera sucinta la información y documentación requerida, su relevancia, pertinencia y necesidad para realizar el análisis de competencia que establece la legislación de competencia para efectos de los procedimientos de declaratoria de poder sustancial.

Lo anterior se advierte de la lectura que se realice a los citados requerimientos de información y documentación que le fueron notificados a Telcel, en los cuales se hizo de su conocimiento que la información solicitada era indispensable para aplicar los criterios de análisis que establece la LFCE, tal y como se advierte de la lectura que se realice a los mismos y de los cuales se advierte esencialmente lo siguiente:

“(...) se le requiere proporcionar a esta autoridad la documentación e información que se detalla en las preguntas insertas al presente oficio, bajo protesta de decir verdad,

⁷⁸ “(...) 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1°, 2°, 3°, 12, 13, 23, 31 bis, 33 bis, fracción IV, 34, fracción fracciones I y II y 34 bis, segundo párrafo, de la LFCE; 11, 12, 13, 35 y 54, fracción II, incisos b) y c) del RLFCE, y 1°, 3°, 8°, fracción IV, inciso h), 24, 25, fracciones y VIII, 33, fracciones V y IX y 42 del RICFC (...)”

información que se detalla en el Anexo Único al presente oficio, la cual es imprescindible y significativa para el análisis de competencia que debe realizar esta autoridad, en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, así como 11, 12, y 13 y 14 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”.⁷⁹

De igual forma, en el anexo del oficio de requerimiento DGMR-10-096-2007-550 también se hizo de conocimiento de Telcel que la información solicitada estaba relacionada con:

i) La identificación de la calidad de Telcel como concesionario de RPT, autorizado para prestar servicios locales móviles y, en consecuencia, como prestador del servicio de terminación conmutada de llamadas en redes móviles a concesionarios de servicios locales fijos y de larga distancia, así como a otros concesionarios locales móviles en el contexto de las modalidades EQLLPL y EQLLPN, y

ii) Información sobre la forma, términos y condiciones en que Telcel adquiere como insumos los servicios de terminación conmutada proporcionados por los demás Concesionarios SLM dentro de las modalidades EQLLP, así como los correspondientes al servicio de terminación conmutada de llamadas que Telcel presta en su red, a otros concesionarios.⁸⁰

De lo anterior se advierte lo infundado del argumento de la recurrente, toda vez que los requerimientos y reiteramientos de información sí están debidamente fundados y motivados y Telcel no logra desacreditar dicha situación, además de que también le fue explicado que la información solicitada, era necesaria e idónea para definir y analizar los aspectos sustantivos del mercado objeto de la investigación, en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE, entre los que destacan: **(i)** las características del servicio de terminación de tráfico público conmutado para efectos de las modalidades el que llama paga y el que llama paga nacional, incluyendo las de tipo tecnológico; **(ii)** la identificación de sustitutos y sus posibilidades tecnológicas; **(iii)** los insumos relevantes y complementos necesarios para proporcionar el STCRM; **(iv)** la medida en que los concesionarios que adquieren el SCTRМ cuentan con sustitutos de éste y el tiempo que se requiere para la sustitución; **(v)** las posibilidades de que los usuarios del servicio en cuestión puedan acudir a otros mercados para obtenerlo; **(vi)** las restricciones normativas de carácter federal que limitan el acceso de los usuarios a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos; **(vii)** la participación de mercado de cada oferente del STCRM; **(viii)** identificar si existen competidores en la provisión del STCRM y su poder; **(ix)** la capacidad de cada oferente del STCRM para fijar precios unilateralmente o restringir la oferta del mismo, frente a las posibilidades de que los demás oferentes de dicho servicio puedan actuar al respecto y al mismo tiempo contrarrestar dicho poder; **(x)** si existen barreras para concurrir en la prestación del STCRM; **(xi)** los elementos que previsiblemente puedan alterar dichas barreras y la oferta de otros prestadores del servicio en cuestión; **(xii)** el acceso a fuentes de los insumos fijos y variables necesarios para prestar el STCRM, y **(xiii)** la necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental para prestar el STCRM; entre otros.

De igual forma, también se hizo del conocimiento de Telcel la estrecha conexión entre las preguntas contenidas en el requerimiento emitido,⁸¹ el mercado investigado, sus

⁷⁹ Folios 374 a 386 del Expediente.

⁸⁰ Folio 3121 del Expediente.

⁸¹ Folios 374 a 386 del Expediente.

participantes, usuarios y las condiciones en las que se prestaba el servicio de terminación en las redes móviles.

Ahora bien, con relación al prejuzgamiento que según Telcel, hizo la Comisión en su perjuicio derivado del requerimiento de información y los posteriores reiteramientos, en los que además se le calificó como agente económico con interés, se hacen las siguientes precisiones:

i. En dichos requerimientos se indicó a Telcel con toda claridad, el carácter con el que se le requería y las razones por las que se le requirió la información a que se hace alusión en párrafos anteriores.

ii. Se precisó su carácter de concesionario de RPT, así como la consideración de que, con base en ello, era susceptible de ser oferente y/o demandante del servicio materia del procedimiento (servicio de terminación de tráfico público conmutado previsto para efectos de las modalidades EQLLP) y, que en tal virtud, era considerado como un agente económico con interés en el procedimiento.

iii. Durante el periodo de investigación y en sus manifestaciones de contestación al DP, Telcel no objetó ni negó su carácter de concesionario de RPT, ni de oferente y usuario de los servicios a que se hizo referencia en el procedimiento. Más aún, en la presentación de sus manifestaciones al DP señaló cuestiones que según su dicho le deparaban perjuicio, por lo tanto, dichas manifestaciones implican el propio reconocimiento "del interés que le asistía" en el procedimiento que se tramitaba, por lo que los argumentos relativos a que no acepta el carácter mediante el cual se le requirió diversa información y documentos son infundados.

De igual forma, no pasa desapercibido que Telcel es omisa en señalar y acreditar de forma específica qué información y/o documentación solicitada por la Comisión era irrelevante o innecesaria para la substanciación del procedimiento tramitado, por lo que el mero señalamiento sin sustento legal o material, impide un pronunciamiento específico sobre un hecho que no está claramente determinado.

Por otro lado, lo señalado por Telcel respecto a la aplicación de medidas de apremio es fundado, pero insuficiente, en razón de lo siguiente:

Efectivamente como lo refiere Telcel, la Primera Sala de la SCJN en el expediente 2884/97, protegió a Telcel en contra de las multas que se impusieron como medida de apremio en términos del artículo 34 de la LFCE. Es por ello que tal y como se advierte de las constancias del Expediente, la Comisión en ningún momento transgredió dicha resolución, puesto que el apercibimiento de multa contenido en el requerimiento en cuestión **nunca se hizo efectivo** por lo que en ningún momento se materializó afectación alguna a los derechos de Telcel. En todo caso, es de destacarse la negativa por parte de Telcel para dar cumplimiento a los requerimientos y reiteramientos efectuados por la Comisión para presentar la información y documentación requerida.

De igual forma, es **infundado** lo manifestado por Telcel en relación al apercibimiento contenido en el acuerdo de veintiocho de enero de dos mil ocho, en el cual la Comisión señaló que adoptaría "sus resoluciones preliminares o definitivas, según corresponda, con base en los hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles".

Al respecto, la recurrente señala que dicho apercibimiento es ilegal porque: i) "no puede ser obligada a pronunciarse en el procedimiento hasta que se respete plenamente sus garantías de audiencia y legalidad que le corresponden como agente económico con interés";⁸² ii) lo establecido en el artículo 34 bis 2 segundo párrafo de la LFCE no le es aplicable, ya que en ese momento no tenía el carácter de "agente económico emplazado", ni de "aquél cuyos hechos sean materia de investigación", como lo exige tal disposición,⁸³ y iii) dicho apercibimiento no está previsto en el artículo 34 de la LFCE "por lo que no es lícito pretender utilizarlo como tal".⁸⁴

Ahora bien, es necesario señalar que Telcel no desahogó el requerimiento de información y documentos de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, no obstante estaba obligada a ello en términos de lo establecido por el artículo 34 Bis 2 de la LFCE y que mediante acuerdo de **catorce de enero de dos mil ocho**, se le había otorgado una prórroga para presentar la información requerida.

En dicho contexto y ante el incumplimiento de Telcel de presentar la información y documentos requeridos, fue necesario que la Comisión emitiera los acuerdos de reiteración de fechas **veintiocho de enero y veintidós de febrero del dos mil ocho**, en los que efectivamente se apercibió a Telcel, en términos de lo dispuesto por los artículos 34, fracción I, y 34 bis 2, segundo párrafo, de la LFCE. Sin embargo, el apercibimiento decretado en los acuerdos de reiteración de fechas veintiocho de enero y veintidós de febrero del dos mil ocho se concretaron a señalar que, para el caso de que dicho agente económico no diera cumplimiento a dichos requerimientos de información y documentos emitidos por la Comisión, se haría efectiva la medida de apremio señalada tanto en el propio requerimiento, como en las diversas reiteraciones, en el sentido de que la Comisión adoptaría la resolución correspondiente, con base en los hechos de que tuviera conocimiento y la información y documentación disponible. De lo antes señalado no puede advertirse o inferirse que el apercibimiento en comento tenga la pretensión de obligar a Telcel a renunciar a derecho alguno.

Aunado a lo anterior, no debe pasar desapercibido que el procedimiento de declaratoria de poder sustancial, es un procediendo de interés general, en el cual la autoridad está constreñida y facultada para realizar todas las actuaciones pertinentes en términos de lo establecido por la propia LFCE y por el RLFCE, por lo que los agentes económicos no pueden, de manera unilateral e injustificada, abstraerse del cumplimiento de las actuaciones realizadas por la autoridad competente, en cumplimiento y con apego a dichas disposiciones.

Se hace patente lo anterior, tomando en consideración que la motivación para emitir el apercibimiento de mérito, está sustentado en lo señalado en el artículo 60 del RLFCE, el cual establece de manera indubitable que la Comisión debe dictar las medidas que considere necesarias para cuidar que los procedimientos no se suspendan ni interrumpan, **para lo cual proveerá lo necesario para que concluyan con la respectiva resolución.** Dicha disposición está además relacionada con lo establecido en el artículo 34 bis 2 de la LFCE, el cual establece que las personas que tengan conocimiento o relación con algún hecho que se

⁸² Folio 48180 del Expediente.

⁸³ Folio 48182 del Expediente.

⁸⁴ Folio 48183 del Expediente.

investigue dentro de un procedimiento, están obligadas a proporcionar lo solicitado en tiempo y forma.

En dicho sentido se advierte que el fin del apercibimiento decretado fue hacer del conocimiento de Telcel que, en caso de incumplir con su obligación, la Comisión estaba obligada y facultada para emitir la resolución correspondiente con los elementos, la información y la documentación disponible; esto es, aquélla que se encontrara en el Expediente. Ahora bien, es necesario señalar que el requerimiento y los reiteraciones de información y documentación posteriores dirigidos a Telcel no implican la privación o renuncia de un derecho o un bien de manera definitiva, sino a un acto de molestia que se traduce la ejecución de las facultades de la Comisión de requerir a cualquier agente económico relacionado con el procedimiento en trámite,⁸⁵ esto en cumplimiento y estricto apego a las leyes aplicables a la materia. Contrario a lo que sugiere Telcel, sólo los actos de privación deben ser antecedidos por las formalidades esenciales del procedimiento. Los actos de molestia únicamente deben sujetarse al principio de legalidad,⁸⁶ que en el caso, ha sido respetado por los requerimientos y reiteraciones.

Por otro lado, después de emitido el DP y en la sustanciación de la etapa de las manifestaciones señalada en el artículo 33 bis fracción V de la LFCE, se otorga a favor de los agentes económicos la posibilidad de manifestar lo que a su derecho e interés convenga, así como ofrecer los elementos de convicción que estime pertinentes, derecho que efectivamente ejerció Telcel.

Por lo que hace a lo manifestado por Telcel respecto a que el apercibimiento, efectuado conforme al artículo 34 bis 2, segundo párrafo, de la LFCE “no está previsto como una medida de apremio”, y que en tal virtud, no es lícito utilizarlo como tal, deviene de infundada por lo siguiente:

i) El segundo párrafo del artículo 34 bis 2 de la LFCE, textualmente señala que “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

⁸⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 31, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO CONTRAVIENE EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.** El precepto indicado, al establecer la facultad de la Comisión Federal de Competencia para requerir de las personas relacionadas con los hechos que investiga por presuntas prácticas monopólicas, los informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar su investigación, no contraviene el derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque dicha facultad se acota de manera razonable cuando se señala que los informes y documentos deberán ser importantes y trascendentes para la investigación, lo que implica que su ejercicio queda sujeto al principio de legalidad, que le impone la obligación de fundar y motivar el acto de molestia, para lo cual, debe exponer las razones por las que considere que la información requerida es necesaria para la investigación de la presunta práctica monopólica y que las personas que debe citar tienen relación con los hechos investigados.” Localización: (TA); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, Agosto de 2015; Tomo I; Pág. 1187. 2a. LXX/2015 (10a.). (Énfasis añadido).

⁸⁶ Es decir, fue emitido por autoridad competente de manera fundada y motivada. Sirve de apoyo a lo anterior, el siguiente criterio judicial: “**AUDIENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍAS DE ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA DE BIENES O DERECHOS. DISTINCIÓN. ARTICULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.** En los términos del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, la audiencia previa a la emisión del acto de autoridad y el debido proceso legal, como garantías del gobernado, son de observancia obligatoria únicamente tratándose de actos privativos, sea de la vida, de la libertad, de propiedades, posesiones o derechos de los particulares más no así cuando se trata de actos de molestia que no tengan la finalidad de privar al afectado de alguno de sus bienes o derechos, pues tales actos se rigen solamente por la garantía de seguridad jurídica (fundamentación y motivación) que establece el artículo 16 constitucional.” Localización: (TA); 7a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Volumen 81, Tercera Parte; Pág. 15.

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).

ii) Por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo antes transcrito, se hizo del conocimiento de Telcel que en caso de que no diera respuesta a los requerimientos de información y documentación efectuados por la Comisión, dicha autoridad resolvería con base en los hechos de los que tuviera conocimiento y con la información y documentación disponible.

En todo caso, el apercibimiento decretado por la Comisión está debidamente sustentado en el contenido del artículo 34, fracción I, en relación con el diverso 34 bis 2, segundo párrafo de la LFCE,⁸⁷ de los cuales se desprende que la Comisión tenía facultades para imponer las medidas de apremio que le permitieran desempeñar eficazmente sus atribuciones. Por lo tanto, los apercibimientos a los que se hizo acreedora Telcel como consecuencia del incumplimiento para desahogar los requerimientos y reiteramientos de información formulados, están plenamente justificados, toda vez que dicho incumplimiento constituía un impedimento para que la Comisión ejerciera debidamente sus facultades, lo cual tuvo como consecuencia que dicha autoridad resolviera conforme a la información recabada y contenida en el Expediente, sin que ello pueda implicar la aceptación y/o justificación del incumplimiento de Telcel.

Ahora bien, aun y cuando el artículo 34, fracción I, de la LFCE no contiene una lista de aquellos casos en los que proceden los apercibimientos como medida de apremio, no puede interpretarse que se trata de una facultad prevista para emplearse en determinados supuestos expresados como *numerus clausus*. De interpretar el artículo en dicha forma la facultad no existiría, pues no se enumera ningún supuesto específico en la fracción I, del artículo 34, de la LFCE. Es decir, la Comisión de manera fundada y motivada, en cumplimiento de sus atribuciones, podía atribuir consecuencias legales al incumplimiento de los agentes económicos que le impidieran cumplir debidamente con sus funciones, lo que en la especie aconteció, tan es así, que la medida de apremio impuesta incluso se encuentra dentro de la propia LFCE lo que refuerza la noción de que se encuentra fundada y motivada

En conclusión de lo anterior, se advierte que ante el incumplimiento reiterado e injustificado de Telcel para presentar la documentación e información solicitada, la Comisión empleó los medios que tenía a su alcance para el eficaz desempeño de sus atribuciones, dado que el procedimiento administrativo tramitado es orden público y, en este sentido, es de interés social que la Comisión haya ejercido las facultades que la LFCE le otorga para que dicho

⁸⁷ “Artículo 34 bis 2. Toda persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que investigue la Comisión o con la materia de sus procedimientos en trámite, tiene la obligación de proporcionar en el término de diez días la información, cosas y documentos que obren en su poder en el medio que le sean requeridos; de presentarse a declarar en el lugar, fecha y hora en que sea citada, y de permitir que se realicen las diligencias de verificación que ordene la Comisión.

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.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las sanciones que procedan.” (Énfasis añadido)

procedimiento concluyera con la resolución correspondiente, tomando en consideración toda la información y documentación allegada al expediente.⁸⁸

Por otro lado, también es **infundado** lo señalado por Telcel al manifestar que el procedimiento tramitado por la Comisión, desde su inicio: **(i)** constituyó una pesquisa, en la que se “intenta que (...) proporcione información protegida y con valor comercial a efecto de que sea usada en su contra”, sin que conozcan los hechos materia de la investigación, las circunstancias que la causaron y sin que se motivara debidamente el acto de autoridad, el cual tiene “el ilegal objeto de (...) autoincriminarse” y, **(ii)** es ilegal y le produce daños porque la Comisión tenía prejuicios en su contra, lo que “se evidencia con la opinión formulada durante el proceso de emisión de la resolución EQLLPN”,⁸⁹ y con el hecho de que la “Comisión (y su Presidente) han exteriorizado pública y oficialmente, antes de que se emita el fallo en este asunto, su opinión y voluntad por restringir y regular el actuar de Telcel sobre la materia del procedimiento, lo que en su caso debió conducirles al impedimento y excusa correspondiente”.⁹⁰

1. La afirmación de Telcel en el sentido de que el procedimiento tramitado fue una “persecución en (su) contra”, es **infundada**, toda vez que la naturaleza del procedimiento de declaración de poder sustancial tramitado por la Comisión, es distinto de aquellos que tienen por objeto investigar la comisión de conductas violatorias de la LFCE e imponer sanciones a los agentes económicos responsables de las mismas. Es decir, contrario a lo señalado por Telcel, el objeto del procedimiento del que derivó la Resolución Recurrída es analizar las condiciones de un mercado investigado para estudiar la existencia y características de los agentes económicos que participan en el mismo, e identificar a aquellos que, en su caso, tengan poder sustancial, en términos de lo dispuesto por la LFCE y su Reglamento.

2. Es por dicha razón que es necesaria la participación y cooperación de los agentes económicos que participan en dicho mercado, los cuales pueden ser requeridos en los términos y bajo la condición jurídica que previamente está establecida en la propia LFCE, toda vez que son dichos agentes los que tiene en su poder la información que pueda ayudar a determinar las condiciones fácticas y actuales de un mercado.

Dicha situación puede ser corroborada del propio acuerdo de inicio, en el cual se señaló expresamente que “El presente acuerdo 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, misma que no implica la imposición de las sanciones previstas en el artículo 35 de la LFCE, salvo en su caso, la prevista en la fracción III de dicho precepto”.

⁸⁸ Sirven de sustento a lo anterior por analogía, los siguientes criterios judiciales: “**SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. NO PROCEDE CONCEDERLA CONTRA EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE COMPROBACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.**” Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Pág. 457. 2a. /J. 84/2009; y “**SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. NO PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PARA INVESTIGAR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PORQUE DE OTORGARSE SE AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y SE CONTRAVENDRÍAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO.**” Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Abril de 2004; Pág. 447. 2a. /J. 37/2004.

⁸⁹ Folio 48173 del Expediente.

⁹⁰ Folios 48173 y 48174 del Expediente.

3. De igual forma, y según se advierte de las constancias que obran dentro del Expediente, los derechos de Telcel fueron respetados, por lo que no puede señalar de manera genérica que dicho procedimiento fue una persecución en su contra.

4. A mayor detalle, en el Expediente consta que siempre ha existido igualdad de trato para todos los concesionarios SLM investigados, ya que en todos los casos: **(i)** se hizo del conocimiento público el inicio de procedimiento a través del DOF; **(ii)** se les notificaron oficios en los que se requirió información en los mismos términos; **(iii)** cuando solicitaron prórrogas para responder al requerimiento, éstas fueron otorgadas en los términos de ley; **(iv)** las solicitudes de clasificación de información como confidencial y reservada fueron atendidas en términos de las disposiciones legales aplicables, y **(v)** toda la información que fue proporcionada por los agentes económicos que dieron respuesta a los requerimientos de información fue considerada y evaluada en los términos procedentes. Por tanto, Telcel no puede argumentar que fue objeto de un trato persecutorio por parte de la Comisión.

5. Ahora bien, por lo que se refiere a los requerimientos de información, dicha actuación por parte de la Comisión está lejos de constituirse como una persecución, toda vez que en términos de lo establecido en los artículos 33 bis, fracción IV, 34 bis 2 de la LFCE, y 61 del RLFCE:

i. Los agentes económicos están obligados a proporcionar la información que la Comisión requiera dentro del procedimiento de declaratoria de poder sustancial, sin que sea posible que dichos agentes económicos puedan abstraerse de motu proprio de dicha obligación.

ii. Consentir que el incumplimiento de las leyes a las que se encuentran obligados los agentes económicos no tenga consecuencia alguna generaría, por un lado, que éstos incumplieran de manera indiscriminada e infundada con las obligaciones a las que están sujetos, lo cual derivaría indefectiblemente en que la Comisión o cualquier otra autoridad competente se vea obligada a resolver los procedimientos que se encuentran en trámite con la mejor información disponible. Por lo tanto, la trascendencia de que los agentes económicos presenten la información que requiere la autoridad competente deriva del hecho de que son justamente los agentes económicos quienes cuentan con la información y elementos que podrían en todo caso ser útiles para analizar un mercado y la existencia de poder sustancial.

iii. Por lo tanto, aun y cuando Telcel decidió unilateralmente incumplir con los requerimientos de información, la Comisión debía sustanciar el procedimiento de declaratoria con la mejor información disponible, toda vez que dicho procedimiento es de orden público y éste, innegablemente, se sobrepone a los intereses de un particular.

Por lo señalado anteriormente, resulta evidente que la manifestación de Telcel encaminada a demostrar la supuesta existencia de una pesquisa prohibida por la ley, no tiene sustento alguno.

También es **infundado** lo señalado por Telcel, al considerar que el procedimiento tramitado por la Comisión fue iniciado sin existir justificación alguna y que por lo tanto, tenga la naturaleza de una pesquisa, derivado de que:

a) La Comisión se apoyó en la información que había en el Expediente y en otros diversos (OPN-003-2005, DE-037-2006 y DC-006-2007), respecto a la existencia del STCRM que los

distintos Concesionarios SLM proporcionan a otros concesionarios como insumo, que había diferencia entre las tarifas cobradas por dicho servicio, y los precios de las llamadas on-net que los operadores móviles ofrecen a los consumidores finales; información que fue proporcionada por algunos operadores de telecomunicaciones y que obra en los expedientes antes referidos, así como a las consideraciones de la Cofetel contenidas en la resolución EQLLPN,⁹¹ de que las tarifas pagadas por los operadores de redes locales fijas y de larga distancia por la terminación de llamadas en redes móviles, podrían ser muy superiores a sus costos.

b) La sola manifestación de Telcel de que la información que se le requirió tenía carácter estratégico y comercial y que por lo tanto no podía contestar los requerimientos que la Comisión le notificó dentro del procedimiento, no es razón que justifique su incumplimiento, toda vez que, en todo caso, Telcel pudo haberla presentado y solicitar su clasificación como confidencial en términos de ley.

Por lo que respecta a los supuestos prejuicios de la Comisión en contra de la recurrente, dicha manifestación es **infundada**, puesto que aun y cuando el procedimiento y el desahogo de la consulta tramitada bajo el número de expediente OPN-03-2005, tratan aspectos similares relacionados con los STCRM, su naturaleza, fundamentación, objetivos y alcance en realidad difieren sustancialmente. Es decir, el procedimiento de declaratoria de poder sustancial a que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE tiene como objeto determinar la posible existencia de poder sustancial de mercado para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la LFT.

Por lo que respecta a la opinión emitida en el expediente OPN-03-2005, si bien fue emitida por el Pleno de la Comisión, su tramitación fue sustentada en el artículo 24, fracción VI de la LFCE, vigente hasta antes de la reforma del veintiocho de junio de dos mil seis y versó sobre aspectos de competencia económica y libre concurrencia de la resolución EQLLPN; de tal suerte que el objeto de la opinión no consistió de modo alguno en analizar el poder sustancial de mercado relevante respecto de los STCRM. Al respecto cabe precisar, como se señaló anteriormente, Telcel solicitó la recusación por impedimento del Presidente de la CFC, cuestión que se abordará en el apartado correspondiente.

De igual forma, es **infundado** lo argumentado por Telcel cuando señala que: **(i)** la etapa de "investigación previa implica un sistema inquisitivo, arbitrario e impositivo", que hace nula la defensa del gobernado; **(ii)** al ser la Comisión quien inicie el procedimiento, lleve a cabo las consideraciones preliminares, y emita la decisión final, allegándose sin limitación alguna de todos los medios, hace que el procedimiento sea "prácticamente una pesquisa, a espaldas del acusado", y por tanto, la Comisión no debería tener facultades para investigar y a su vez para resolver, y **(iii)** 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, se advierte que la Comisión realizó sus funciones con apego a las facultades otorgadas por la legislación en materia de competencia económica; es decir, llevó a cabo cada una de las etapas procesales establecidas en el artículo 33 bis de la LFCE, las cuales comprenden, una vez iniciado el procedimiento, la realización de la investigación correspondiente, la emisión del DP, la recepción y análisis de las manifestaciones de los

⁹¹ Emitida mediante el acuerdo del Pleno de la Cofetel número P/161104/196.

agentes económicos investigados –donde no está de más señalar que Telcel agotó su garantía de audiencia al presentar sus manifestaciones- el desahogo pruebas –donde Telcel también presentó pruebas- la integración del Expediente en términos de la fracción VII del artículo en comento y la emisión de la resolución correspondiente.

Ahora bien, si lo pretendido por Telcel es cuestionar las facultades de la Comisión para investigar, resolver y sancionar, es pertinente señalar que dicha manifestación es infundada, ya que la resolución que se emita sobre la existencia de poder sustancial no impone ninguna sanción, además de que las facultades de la Comisión en relación con el procedimiento tramitado están expresamente establecidas en la LFCE. Al respecto, cabe reiterar que el procedimiento tramitado versa sobre la existencia de poder sustancial de mercado, con base en los artículos 12, 13 y 33 bis de la LFCE y sus correlativos y aplicables del RLFCE, y no así 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, supuestos en los que 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.

Cabe advertir que contrario a lo señalado por Telcel, el procedimiento tramitado por la Comisión no fue “una pesquisa, a espaldas del acusado” ya que tuvo la oportunidad para manifestar lo que a su derecho conviniera y ofrecer pruebas de conformidad con la LFCE, respecto del DP.

De todo lo señalado en los párrafos precedentes se advierte que contrario a lo manifestado por Telcel, la Resolución Recurrída, fue emitida con estricto apego a las disposiciones aplicables a la materia y conforme a los procedimientos establecidos previamente en las mismas.

Por lo tanto, no debe pasar desapercibido que, dentro de la investigación para determinar la existencia de poder sustancial de mercado, la Comisión: **(i)** puede emitir requerimientos de información y documentos; **(ii)** que dichos requerimientos de información y documentación hechos a Telcel versan sobre hechos concretos relativos al mercado investigado, esto es, en los mercados de STCRM; **(iii)** que la información sobre un mercado es del conocimiento pleno de los concesionarios RPT que prestan servicios locales y de larga distancia; **(iv)** que los requerimientos y reiteraciones de información y documentos emitidos por la Comisión fueron debidamente fundados y motivados como ha quedado precisado a lo largo de los párrafos precedentes; y **(v)** que el acuerdo de inicio justifica la solicitud de la información y documentación, toda vez que la Comisión estaba obligada a recabar la información necesaria para emitir la resolución correspondiente dentro del procedimiento tramitado.

No está por demás hacer notar que en la parte procesal de la investigación, en la que el manifestante fue requerido, éste tuvo la oportunidad de presentar información relevante, lo cual no sucedió, así como tampoco ocurrió en el momento de presentar su escrito de manifestaciones al DP, lo cual lejos de acreditar la supuesta violación al procedimiento, evidencia el incumplimiento de dicho agente económico.

Respecto de la supuesta afectación a la garantía de audiencia de Telcel, como se precisó anteriormente, la fracción VI, del artículo 33 bis, de la LFCE reconoce el derecho de los agentes económicos para que éstos manifiesten lo que a su derecho e interés convenga, y que ofrezcan los elementos de convicción que consideren pertinentes respecto al DP; así

pues, la fracción antes citada tiene como propósito considerar y, en su caso, incorporar la información y elementos aportados por dichos agentes económicos, en la resolución que correspondía emitir al Pleno de la Comisión en términos del artículo 33 bis, fracción VII de la ley citada.

Bajo dicho contexto y como ha quedado debidamente evidenciado, por disposición expresa de la propia LFCE, la Comisión sí estaba 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 dentro del procedimiento tramitado no actuó como "juez y parte", tal y como lo aduce Telcel, 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 ley, 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.

De igual forma es **infundado** lo señalado por Telcel, respecto a que en distintos documentos contenidos en el Expediente se le ha dado al mismo tiempo el carácter de "agente económico con interés", así como el de "cualquier persona que tenga relación con el presente procedimiento", lo cual, a su juicio "no es jurídicamente posible" pues se trata de dos situaciones jurídicas distintas, con derechos y obligaciones diversas.⁹² Partiendo de lo anterior, Telcel considera que "la calificación que hizo (...la Comisión...) respecto de (...Telcel...) como un agente económico con interés en términos de los incisos b) y c) de la fracción II del artículo 54 del Reglamento de la (...LFCE...) le impidió atender el requerimiento (...) en ese momento procesal, habida cuenta que la fracción VI del artículo 33 bis de dicha Ley le concedía la posibilidad de pronunciarse en momento diverso, precisamente por tener el carácter calificado que la autoridad le atribuyó"; además de que lo señalado en el citado oficio, "constituye un prejuzgamiento en su contra".

Al respecto, debe precisarse que Telcel estaba relacionado con los hechos investigados por la Comisión, toda vez que como se hizo de su conocimiento en el requerimiento de información identificado con el número DGMR-10-096-2007-550, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, que era concesionario de una red pública de telecomunicaciones y ofrecía el servicio que forma parte del mercado objeto investigación.

Cabe destacar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 54, fracción II, inciso b), del RLFCE, se considerará como agente económico con interés a "los agentes económicos a los cuales la autoridad competente les aplicaría o dejaría de aplicar la regulación respectiva", en este sentido, se explica que al no haber distinción en el señalamiento del "agente económico" en dicho inciso b), e interpretado de manera armónica, y en conjunto con el artículo 3º de la ley de la reglamentaria, la cual establece que "están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales", se desprende claramente que el promovente es agente económico con interés, concepto que no entra en conflicto con la calidad de persona relacionada con los hechos que se investigan, toda vez que esta calidad la tiene por el hecho de ser concesionaria de servicios que forman parte del mercado materia del procedimiento que se tramitaba.

⁹² Folio 48181 del Expediente.

En este sentido, es factible establecer que entre las calidades con las que se identificó a Telcel no hay contradicción alguna, toda vez que por un lado se trataba de un agente económico relacionado, en razón de la materia y la actividad económica desempeñada y, por el otro, era un agente económico con interés al existir la posibilidad de que a dicho agente económico pudiera generarle algún perjuicio la resolución emitida por la Comisión.⁹³

Por otro lado, y por lo que se refiere a la manifestación de Telcel, respecto a que lo establecido en el artículo 34 bis 2 segundo párrafo de la LFCE no le es aplicable ya que en ese momento no tenía carácter de “agente económico emplazado” ni de “investigado”. En dicha tesitura, es de precisar que Telcel pasa por alto que el párrafo en comento contempla una tercera figura, y que es la referente a “las personas relacionadas con los hechos que se investigan”. Así las cosas y aun sin conceder que Telcel no fuera “agente económico emplazado” o “investigado”, lo cierto es que al igual que cualquier otro concesionario RPT, es una persona que tiene relación con los hechos, motivo suficiente para encuadrar en el supuesto normativo establecido en el artículo 34 bis 2 segundo párrafo de la LFCE.

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 el artículo en comento 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”. Por lo tanto, queda claro que la resolución correspondiente debe emitirse a pesar de que las personas relacionadas con los procedimientos que se tramitaban ante la Comisión (como lo fue Telcel), no presentaran la información requerida.

Por otro lado, es **infundado** lo señalado por Telcel al manifestar que no es posible jurídicamente hacer un nuevo apercibimiento con base en la reiteración de un requerimiento previo, sin que el apercibimiento correspondiente a ese primer requerimiento se hiciera efectivo o se hubiere dejado sin efectos. Lo infundado de dicho argumento deriva por un lado del hecho de que:

i) La propia quejosa señala en diversas manifestaciones que la Primera Sala de la SCJN en el expediente 2884/97, al resolver sobre la improcedencia de aplicarle la medida de apremio prevista por la Comisión, determinó que la misma no debió efectuarse. Por ello la Comisión nunca hizo efectivo el apercibimiento de multa referido. En dicho sentido, la resolución

⁹³ **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.

Cuando 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.** (Énfasis añadido)

emitida por la SCJN impidió, por un lado, la ejecución de la medida de apremio impuesta a Telcel por la Comisión. Por lo tanto, las quejas no pueden manifestar de manera general que la Comisión no podía imponerle una medida de apremio, si antes no había ejecutado la anterior que se hubiere impuesto.

ii) No existe una prelación u orden para hacer efectivos los apercibimientos que, en cumplimiento de sus atribuciones haya realizado la Comisión, es decir, no existe obligación ni impedimento para que la Comisión, después de haber impuesto una medida de apremio, no pueda, de manera fundada y motivada imponer una subsecuente.⁹⁴

Ahora bien, por lo que se refiere a lo señalado por Telcel, respecto a que hizo saber a la Comisión los motivos por los cuales no podía cumplir con el requerimiento formulado por la misma y por lo tanto, no podía presentar la información requerida; se analiza el alcance que pudiera tener dicha manifestación, por lo cual se transcribe de manera íntegra y en los siguientes términos:

“ACLARACIÓN Y RESERVA DE DERECHOS

Mi representada aclara al Director General de Mercados Regulados y o cualesquiera otras autoridades de esa Comisión Federal de Competencia que las promociones y repuestas presentadas y que se presenten en este procedimiento iniciado de oficio para determinar la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios o concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil previstos para efectos de la modalidad el que llama paga nacional, no implica ni puede significar en forma alguna el consentimiento de Telcel, respecto de la legitimidad, legalidad o validez de los actos del propio procedimiento ni de quienes en él intervengan ni de sus efectos o consecuencias. Sencillamente se trata de la respuesta legítima que presenta un particular en un procedimiento administrativo a petición de una autoridad para no entorpecer su actuación.

Así las cosas, la presentación de este escrito no implica, en forma alguna, la conformidad o el consentimiento de mi representada respecto de la aplicabilidad o la constitucionalidad de las disposiciones, invocadas por las autoridades, ni de la competencia de éstas, ni de los actos que han dado origen o inicio a este procedimiento administrativo, ni de las actuaciones que con su motivo se hubieren suscitado y se susciten. Telcel se reserva su derecho para en su caso impugnar esas normas, actos y/o efectos en el momento procesal oportuno a través de los medios de defensa que le concedan la Constitución y la legislación aplicable.

IMPOSIBILIDAD DE DAR CUMPLIMIENTO AL REQUERIMIENTO

⁹⁴ Sirve de sustento a lo anterior, por analogía, el siguiente criterio jurisprudencial: “**MEDIOS DE APREMIO. SI EL LEGISLADOR NO ESTABLECE EL ORDEN PARA SU APLICACION, ELLO CORRESPONDE AL ARBITRIO DEL JUZGADOR.** De la interpretación del artículo 17 constitucional se llega a la conclusión de que las Legislaturas Locales tienen facultades para establecer en las leyes que expiden los medios de apremio necesarios de que dispondrán los Jueces y Magistrados para hacer cumplir sus determinaciones, en aras de la administración de justicia pronta y expedita que a cargo de éstos establece el precepto constitucional supracitado; luego, **si el legislador no establece un orden para la imposición de las medidas de apremio que enumere en la norma respectiva, ha de considerarse que corresponde al arbitrio del juzgador, de acuerdo con la experiencia, la lógica y el buen sentido, aplicar el medio que juzgue eficaz para compeler al contumaz al cumplimiento de una determinación** judicial, debiendo en ello, como en cualquier acto de autoridad, respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídica que establecen los artículos 14 y 16 constitucionales, esto es, expresando las razones (debida motivación) por las que utiliza el medio de que se trate.” (Énfasis añadido) Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Mayo de 1996; Pág. 31., P. /J. 21/96.

En el oficio número DGMR-10-096-2007-550, de 18 de diciembre de 2007 de referencia el Director General de Mercados Regulados de esta Comisión determinó que "Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. es un agente económico con interés en el presente procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54, fracción II, incisos b) y c) del Reglamento de la LFCE". En idénticos términos el propio Director se pronunció en el acuerdo de 14 de enero de 2008.

En esa virtud, sin que implique reconocimiento sobre la validez de acto o precepto alguno, el caso es que en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, habida cuenta que mi mandante ha sido considerada por esa Comisión como un agente económico con interés en el procedimiento al cual la autoridad competente le aplicaría la regulación respectiva, en esta situación procesal Telcel se encuentra imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló y para presentar la información o documentos respectivos, y en su caso, una vez que se respete plenamente su garantía de audiencia previa, podrá manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estime pertinentes ante la Comisión dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación.

Por lo demás, debido a la indefensión e inseguridad jurídica que causa a mi mandante la falta de definición e información precisa sobre la causa, motivos concretos, pretensiones, consecuencias y alcances que este procedimiento pudiera tener, ni representada se encuentra imposibilitada para proporcionar la información y documentos que se le requieren, que además contienen o pudieran contener información que guarda el carácter de confidencial y/o reservada para efectos de Telcel y también para terceros.

Lo anterior se hace expresamente del conocimiento de la Comisión, no solo para salvaguardar los derechos de Telcel, sino con el objeto de no entorpecer ni afectaren forma alguna la investigación que en su caso realice.

Por último, Telcel destaca que resulta indebido que se le hubiere formulado un requerimiento bajo apercibimiento de aplicar en su perjuicio un precepto que ha sido declarado inconstitucional para sus efectos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Expediente 2884/97, motivo por el cual se reserva los derechos y acciones que procedan a ese respecto."

De dicha transcripción se observan los siguientes puntos:

- a) Señaló que las promociones y respuestas presentadas por dicho agente económico no implicaban el consentimiento de Telcel, respecto de la legitimidad, legalidad o validez de los actos del procedimiento ni de quienes en él intervengan, de sus efectos o consecuencias.
- b) Se reservó su derecho para impugnar normas, actos y/o efectos en el momento procesal oportuno a través de los medios de defensa que le concedan la Constitución y la legislación aplicable.
- c) "Radiomóvil Dipsa" era un agente económico con interés en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54, fracción II, incisos b) y c) del Reglamento de la LFCE.
- d) Al haber sido considerado como agente económico con interés en el procedimiento, se encontraba imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento formulado y para

presentar la información y documentos respectivos, hasta en tanto se respetara su garantía de audiencia previa.

De lo señalado anteriormente, se estima **infundado** el argumento de Telcel, el cual, lejos de crear la convicción pretendida por la recurrente, se advierte de manera indubitable la contravención directa a disposiciones de interés social que se encuentran salvaguardadas en el artículo 28 de la CPEUM, disposiciones que contienen diversos supuestos que deben ser atendidos y cumplidos a cabalidad tanto por las autoridades como por los gobernados, es decir, no son disposiciones con contenido discrecional y, por ende, su cumplimiento no está sujeto a la voluntad, discrecionalidad o capricho de alguno de éstos.

Con dicho incumplimiento injustificado, la recurrente obstaculizó el mandato constitucional otorgado de manera expresa a la Comisión, debiendo prevenirse la existencia de sistemas que afecten el expedito funcionamiento del mercado, lo cual es en sí mismo una transgresión directa a la CPEUM y a sus leyes reglamentarias.

Telcel pretende sorprender a esta autoridad realizando manifestaciones sustentadas en una supuesta contravención a una resolución de nuestro máximo tribunal constitucional para **abstraerse de manera injustificada del cumplimiento a una obligación que bajo ninguna circunstancia está sujeta a su aprobación o consentimiento para ser cumplimentada.**⁹⁵

Por otro lado, los argumentos esbozados por Telcel para no presentar la información requerida por la Comisión, adolecen de una ratio iuris, puesto que las “razones” que expone dicho agente económico se limitan a señalar la supuesta transgresión a su garantía de audiencia en virtud del carácter con el cual fue supuestamente requerido, el desconocimiento de las facultades de la autoridad competente y la falta de requisitos “informativos” que a su juicio debieron contener los requerimientos y los retiraciones de información.

Dichos señalamientos no justifican la negativa de Telcel de cumplir con la presentación de la información y documentación requerida, lo anterior aunado al hecho de que de ninguna manera se violenta su garantía de audiencia, toda vez que la Comisión estaba legalmente facultada para hacerlo, ya que es de explorado derecho, que dicha autoridad actuó en función de las facultades otorgadas la propia CPEUM. Además, de que los requerimientos y reiteraciones que menciona solo pudieran considerarse actos de molestia con los cuales la

⁹⁵ Sirve de sustento a lo anterior, el siguiente criterio jurisprudencial: **“SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. NO PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PARA INVESTIGAR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PORQUE DE OTORGARSE SE AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y SE CONTRAVENDRÍAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO.** Es improcedente conceder la suspensión solicitada en contra de los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en ejercicio de sus atribuciones previstas en los artículos 24, fracción I y 31, primer párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, dirigidas a investigar prácticas que pueden resultar monopólicas, en virtud de no satisfacerse el requisito contemplado en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, consistente en que no se afecte el interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. Lo anterior porque **la ley citada en primer lugar, conforme a su artículo 1o., es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por ende, de orden público e Interés social, por lo que al ser su fin principal proteger el proceso de libre concurrencia en todas las áreas de la economía nacional, mediante la prevención, sanción y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás sistemas que afecten el expedito funcionamiento del mercado,** obligando al público consumidor a pagar precios altos en beneficio indebido de una o varias personas, los indicados requerimientos no son susceptibles de suspenderse, **porque de lo contrario se permitiría a las quejas dejar de proporcionar los informes y documentos requeridos, con lo cual se harían nugatorias las facultades relativas y se paralizaría el procedimiento de investigación respectivo.**” (Énfasis añadido) Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Abril de 2004; Pág. 447.2a./J. 37/2004.

CFC no pretendía suprimir un bien o derecho de la esfera jurídica de Telcel, por lo que la garantía de audiencia previa no es un requisito de validez para dichos actos.

De igual forma, la ausencia de los “requisitos” enunciados por la recurrente no forma parte de las exigencias que contiene la ley reglamentaria para realizar en la etapa indagatoria requerimientos de información, amén de que la etapa indagatoria en una declaratoria de poder sustancial no es un procedimiento inquisitivo en contra de algún agente económico específico.

Asimismo, lo referido por Telcel en el sentido de que la información o documentación requerida pudiera contener información confidencial o reservada para Telcel o Terceros, tampoco constituye un argumento válido para justificar su negativa, toda vez que los agentes económicos pueden, en términos de los establecido en el artículo 31 bis de la LFCE y de diversos criterios judiciales, solicitar la clasificación de la información presentada, la cual de ser el caso, deberá ser resguardada por la autoridad competente en los términos que la propia legislación le exige.⁹⁶

Por lo anterior, resultan infundados los argumentos expuestos por Telcel, puesto que se hace patente que no existe violación alguna a su garantía de audiencia, aunado al hecho de las manifestaciones con las cuales Telcel pretende justificar su incumplimiento para haber presentado la información y documentación requerida por la Comisión, lejos de crear convicción sobre posibles violaciones al procedimiento en el cual se emitió la Resolución

⁹⁶ Sirve de sustento a lo anterior por analogía, los siguientes criterios judiciales: “**REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADO POR LA AUTORIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. EL HECHO DE QUE DEBA JUSTIFICARSE JURÍDICAMENTE, NO IMPLICA QUE TENGA QUE HACERSE UNA REFERENCIA PORMENORIZADA POR CADA RUBRO, DOCUMENTO O GÉNERO DE ÉSTE, NI POR CADA ELEMENTO O BLOQUE DE INFORMACIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014). Conforme a los artículos 24, fracción I y 31 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 6 de julio de 2014, el órgano regulador en la materia está facultado para requerir a los gobernados la información o documentación que estime relevante y pertinente para sus investigaciones, esto es, la que considere necesaria o conveniente para conocer los mercados relativos, los sujetos que participan en ellos, las condiciones en que se desarrollan, así como los datos que puedan ser reveladores de hechos de los cuales pueda advertirse la comisión de una práctica anticompetitiva en ellos. Estos requerimientos, como todo mandato de autoridad que imponga una carga al gobernado, deberán justificarse jurídicamente, en la inteligencia de que es la información lo que permite a la autoridad desplegar sus funciones, entre las que se encuentran las de verificación del cumplimiento de las obligaciones establecidas por las leyes de la materia, y la correctiva, en caso de que advierta que los agentes económicos realizan prácticas contrarias al proceso de competencia y a la libre concurrencia y tomar las decisiones, por lo que la información y los documentos que solicite deben guardar una razonable conexión con la materia de la investigación correspondiente. Sin embargo, esta exigencia no debe considerarse como una referencia pormenorizada por cada rubro, documento o género de éste, ni por cada elemento o bloque de información, de manera que afecte la eficiencia del órgano, pero debe ser suficiente para verificar que no se trata de un ejercicio arbitrario ni caprichoso de sus atribuciones.**” Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 37, Diciembre de 2016; Tomo II; Pág. 1851. I.1º.A.E.188 A (10º.); ; (ii) “**COMPETENCIA ECONÓMICA. PARA CONSIDERAR MOTIVADOS LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN QUE EMITE LA COMISIÓN FEDERAL DE LA MATERIA, EN UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, DEBEN CUMPLIR, ADEMÁS DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, LOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 35 DE SU REGLAMENTO. El precepto legal citado dispone que la Comisión Federal de Competencia podrá requerir los informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar sus investigaciones.** Ahora bien, en aras de salvaguardar la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **el requerimiento respectivo deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 31 de la ley de referencia y con los establecidos en el numeral 35 de su reglamento.** Esto es, a fin de que el aludido requerimiento de información y documentación esté motivado, debe señalar: a) que los requeridos sean relevantes y pertinentes para realizar la investigación; b) el extracto del acuerdo de inicio del procedimiento; c) la calidad o el carácter que tiene el requerido en el procedimiento que se tramite; d) la relación que guarda el requerido con los hechos que se investigan o con la materia del procedimiento; e) la relevancia y pertinencia de la información y documentación requeridas, así como la obligación que tiene de proporcionarla, bajo protesta de decir verdad, dentro del plazo que le sea fijado; f) **el derecho que asiste al requerido para determinar que cierta información sea clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis de la ley; g) en su caso, copia certificada del acuerdo de suplencia del funcionario que emite el requerimiento; y h) las consecuencias del incumplimiento.**” (Énfasis añadido) Localización: (J); 10a. Época; Plenos de Circuito; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXVI, Noviembre 2013; Tomo 1; Pág. 677. PC.I.A. J/1 (10a.).

Recurrida, denotan únicamente la transgresión por parte de la recurrente a normas que son de observancia obligatoria y que no están sujetas a la unilateralidad o capricho de los agentes económicos.

3.4. Expedientes distintos al de origen

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, los numerales 3.4.1 y 3.4.2, no se encuentran en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenó a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas a los mismos se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.4.1. Uso de documentos provenientes de expedientes diversos

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La comisión ha basado sus determinaciones (incluso la Resolución Recurrída) en información proveniente de otros expedientes ajenos a aquél en que se actúa, para lo cual no tiene facultades, ni siquiera de conformidad con el artículo 34 bis 2 de la LFCE. Lo anterior por tratarse de procedimientos que no se citan en su integridad y de los cuales no tiene conocimiento, ni ha podido defenderse. Además de no ser información fehaciente que haya sido corroborada por la autoridad competente, ni encontrarse firme. La tesis (sobre hechos notorios basados en expedientes y ejecutorias) en que se funda la Comisión no es aplicable.

(Se pretende combatir el apartado 5.1.3 de la Resolución Recurrída)

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel no explica ni desarrolla las razones por las cuales considera que el artículo 34 bis 2, de la LFCE y la tesis invocada en la Resolución Recurrída no son aplicables (de las que se podría inferir la supuesta ausencia de facultades por parte de la CFC) de ahí que constituyan simples manifestaciones genéricas, sobre las cuales esta autoridad no está obligada, ni facultada, para suplir la deficiencia de los agravios.

Asimismo, tampoco combate los argumentos vertidos en el apartado 5.1.3⁹⁷ de la Resolución Recurrída en los que se expuso cómo el utilizar la información proveniente de los expedientes DE-037-2006 y DC-006-2007 no afectaba sus derechos: **(i)** la información obtenida de otros expedientes fue sólo uno de varios elementos y **(ii)** toda la información que sustenta el DP está contenida en el Expediente, al cual tuvo acceso Telcel.

Para que la CFC abordara el estudio del argumento de Telcel, éste debía indicar, en forma específica, qué información proveniente de otros expedientes fue considerada en el DP y la Resolución Recurrída sobre la cual no tuvo conocimiento, así como la manera en que ésta hubiera modificado el sentido de la Resolución Recurrída.

3.4.2. Negativa de acceso a expedientes

Telcel señaló lo siguiente:

⁹⁷ Páginas 48 a 51 de la Resolución Recurrída.

Se negó el acceso a los expedientes mencionados en el expediente de origen y el DP, ni se le corrió traslado con las constancias de la investigación, por lo que se le dejó en indefensión. La Resolución Recurrída (página 51) es contradictoria al señalar que se permitió el acceder, fotocopiar y escanear las constancias. Tampoco se valoró debidamente la prueba ofrecida (póliza de corredor público).

El argumento en estudio es inoperante por reiterativo y por manifestaciones genéricas. En principio debe apuntarse que el acceso al expediente fue una de las situaciones que Telcel expuso en sus manifestaciones al DP, sobre las cuales ya se ha pronunciado la CFC en el apartado 5.1.3⁹⁸ de la Resolución Recurrída.

Independientemente de lo anterior, los argumentos en contra de la Resolución Recurrída constituyen meras manifestaciones aisladas, ya que no indican (i) qué información se utilizó de los expedientes que menciona, (ii) para qué efectos se utilizaron, (iii) cómo trascendieron estos al fondo del asunto y (iv) en qué forma modificarían el fondo de la Resolución Recurrída.

En cuanto a la indebida valoración de la prueba, debe señalarse que la misma fue valorada en los términos legales, sin que Telcel indique cuál hubiera sido –a su juicio– la forma de valoración correcta, considerando que los documentos públicos (valor que se confirió en la Resolución Recurrída) sólo hacen prueba plena respecto los actos que ellos contienen. En este sentido, se tiene certeza plena de que se permitió el acceso al Expediente.⁹⁹

Por cuanto hace al acceso a expedientes diversos a los de origen tal y como se sostuvo en la resolución: “Existen dentro del expediente citado al rubro diversas actas en las que consta el acceso al expediente por personas autorizadas para tales efectos por parte de Telcel¹⁰⁰ y, en tal virtud, no se entiende el por qué manifiesta que no ha podido conocer la información allegada al expediente, siendo que lo anterior demuestra que sí tuvo acceso al mismo, con excepción de la información que tuviera el carácter confidencial en términos del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.”¹⁰¹

3.5. Cierre de la investigación

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b., del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.7. de la Ejecutoria: “4.7. En los rubros (...), **3.5 Cierre de la Investigación** (...), la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar), señalando que los argumentos fueron alegados por TELCEL en su escrito de manifestaciones, y en su

⁹⁸ Páginas 48 a 51 de la Resolución Recurrída.

⁹⁹ “Para acreditar su pretensión, respecto a que no ha tenido acceso al expediente, ofreció como prueba, la documental pública consistente en el acta de fe de hechos número 10,817, levantada ante la fe del Corredor Público número 31 de la Plaza del Distrito Federal. Con esta prueba pretende acreditar que no se permitió a TELCEL, tener acceso a los expedientes mencionados en el DP, así como a diversas partes del expediente en que se actúa. Documental que en este acto se analiza y valora en términos de lo dispuesto en los artículos 129, 197, 202 y 203 del CFPC. --- De la lectura que se realiza a dicho documento, se aprecia que, en efecto, se pusieron a disposición de TELCEL diversos tomos que integran el presente expediente, a fin de que fueran consultados por el C. Pablo Cervantes Treja, persona autorizada por TELCEL para revisar el expediente, exceptuando la información que previamente fue clasificada como confidencial. Así es como, mediante acuerdo de fecha dos de septiembre de dos mil ocho, la Comisión concedió a TELCEL la oportunidad de que a través de sus representantes o autorizados, tuviera la posibilidad de acceder a la totalidad de las constancias que integran el expediente al rubro citado, y de fotocopiar o escanear dichas constancias, excepto aquellas que tienen la calidad de confidenciales.” Páginas 50 y 51 de la Resolución Recurrída.

¹⁰⁰ Las constancias del acceso al Expediente por personas autorizadas por Telcel se encuentran a partir del folio 48899.

¹⁰¹ Página 49 de la Resolución Recurrída.

recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró, había precluido su derecho para hacerlo (mencionan que parte de esos argumentos habían sido atendidos). (Énfasis añadido)

Esta autoridad realiza la calificación y análisis íntegro y de fondo sobre el argumento planteado y para ello, se transcribe de manera total el argumento contenido en el primer agravio. Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“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 el 6 de mayo de 2008, son ilegales y afectan o mi mandante, debido a que se realizaron extemporáneamente,

La legislación aplicable dispone que el período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del acuerdo por el que la Cofeco dé inicio a la investigación y finalizará con el cierre de la etapa de investigación, una vez que esté integrado el expediente. En su parte conducente, el artículo 33 bis de la LFCE establece:

“(…)

V. Concluida la investigación correspondiente y si hay elementos para determinar la existencia de poder sustancial o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar y publicará un extracto en los medios de difusión de la Comisión y publicará los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación;

VI. Los agentes económicos que demuestren ante la Comisión que tienen interés en el asunto podrán manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes ante la Comisión, dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación, y

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.

El Pleno de la Comisión podrá prorrogar los plazos señalados en las fracciones IV y VII de este artículo por una sola vez y hasta por un término igual a los mismos.

(…)”

De lo anterior se desprende que una vez que la investigación concluya y se haya integrado el expediente, la Cofeco sólo podrá emitir el Dictamen Preliminar y publicarlo, pero obviamente no puede ni debe seguir emitiendo acuerdos de trámite.

Los plazos para la práctica de ciertas actuaciones en el procedimiento son fatales, por lo anterior, el Legislador determinó los límites de duración del procedimiento y las etapas que estos deben seguir. El hecho de que la Comisión decida, en forma arbitraria e ilegal, pasar por alto las etapas procesales y los límites temporales establecidas por ley afecta a mi mandante y trasciende en la Resolución Definitiva.

Como se desprende de las constancias de autos y de las listas de publicaciones de esta Cofeco, el lunes 12 de mayo de 2008 se emitieron 19 acuerdos en el expediente DC-07-2007 relativos a distintos agentes económicos, clasificación de información confidencial y requerimientos de información.

Lo anterior es ilegal en tanto que, cerrada la instrucción e integrado el expediente, la Cofeco estaba impedida para acordar promociones de trámite, mucho menos para continuar con la emisión de acuerdos relativos a la clasificación de cierta información, cumplimientos de requerimientos de información, etc.

Contrariamente a lo que sucede en el caso, la Cofeco debió cerrar la investigación, como supuestamente lo decidió el 6 de mayo y, al no haberlo hecho, incurrió en violaciones procesales que han trascendido en su tramitación, en perjuicio de Telcel.

Es más, en los antecedentes de hecho del Dictamen Preliminar ni siquiera se menciona los 19 acuerdos publicados el lunes 12 de mayo, esto es, con posterioridad al cierre de la etapa respectivo, lo que es ilegal.

Además, en la Resolución Definitiva ha trascendido esta violación procesal, pues la Cofeco ha pretendido mencionar en la página 85/423 que el día 12 de mayo de 2008 se publicaron diversos acuerdos, todos ellos emitidos el treinta de abril (antes del acuerdo que tuvo por concluida la investigación), pues lo cierto es que aún y cuando estuvieron supuestamente "acordados" antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación, lo cierto es que mi mandante no tuvo conocimiento hasta después, por lo que no pudo manifestarse en tiempo respecto a esas determinaciones.

De todo lo anterior se concluye que en el procedimiento se ha violado la normatividad aplicable, lo que hace que las actuaciones en él practicadas sean nulas de pleno derecho."

El argumento de la recurrente es infundado, toda vez que lo relativo a la emisión del acuerdo del cierre de la investigación (en la etapa indagatoria) a que se refiere la fracción II, del artículo 55 del RLFCE, es una actuación distinta a aquella a que se hace referencia en la segunda etapa del procedimiento de declaratoria de poder sustancial y a la que se hace referencia en el fracción VI del mismo dispositivo legal.¹⁰² Es decir, se trata dos etapas del procedimiento completamente diferentes e independientes entre sí, tal y como se explica a continuación:

- a) La emisión del acuerdo que tiene por concluida la investigación, actuación que se encuentra contemplada en el segundo párrafo de la fracción II, del artículo 55, del RLFCE, se dicta dentro de los cinco días siguientes al término del periodo de investigación, situación que efectivamente, como lo señala Telcel, en el presente caso ocurrió el seis de mayo de dos mil ocho.
- b) Por otro lado, lo relativo al acuerdo en virtud del cual se debe tener por integrado el expediente y al cual hace referencia la fracción VI del artículo 55 del RLFCE, en el cual dicho dispositivo legal establece el acuerdo referido debe ser dictado dentro de los cinco

¹⁰² "Artículo 55.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:

II. Dentro de los cinco días siguientes al término del periodo de investigación, la Comisión debe dictar el acuerdo que tenga por concluida dicha investigación;

(...)

VI. La Comisión dictará el acuerdo de Integración del expediente, dentro de los cinco días siguientes al desahogo de la última prueba.

(...)"

días siguientes al desahogo de la última de las pruebas ofrecidas en las manifestaciones al DP (cierre de la instrucción), lo cual aconteció el once de agosto de dos mil once.

Conforme a lo anterior, y como puede apreciarse, se trata de etapas procesales distintas, las cuales evidentemente son realizadas también en fechas distintas, por lo que la recurrente no puede interpretar los plazos y las consecuencias que acarrear dichas actuaciones en los mismos términos.

Por otro lado, también es infundado (como lo sostiene Telcel), que existieron en el Expediente actuaciones posteriores al acuerdo que tiene por concluida la etapa de investigación. Es más, en el Expediente se puede constatar que no existe ningún acuerdo de fecha doce de mayo de dos mil ocho. Es de aclarar que, **el día doce de mayo de dos mil ocho, se publicaron diversos acuerdos, todos ellos emitidos el treinta de abril de dos mil ocho** (esto es, antes del acuerdo que tuvo por concluida la investigación) y que efectivamente, como señala Telcel, se refieren a clasificación de información confidencial, que fue presentada dentro del periodo de investigación, así como a promociones presentadas por diversos agentes económicos.

Al respecto, es necesario precisar que dentro del periodo de investigación se realizan diversas actuaciones tendientes a allegarse de información que permita analizar las condiciones del mercado que se investiga y a los participantes del mismo, esto a fin de determinar si algún agente económico detenta poder sustancial en el mismo; pero, evidentemente, las actuaciones de la autoridad están delimitadas por plazos establecidos previamente, dentro de los cuales se puede requerir a los agentes económicos relacionados la información que la Comisión estime y justifique que es necesaria para tramitar debidamente el procedimiento que la LFCE prevé. En dicho contexto y tal y como se ha establecido previamente, el artículo 55, fracción II, del RLFCE, establece que una vez concluida la investigación o indagatoria, se deberá emitir el acuerdo de conclusión de la misma dentro de los cinco días siguientes a que dicho plazo fenezca.

Lo señalado anteriormente implica que en esos cinco días, si bien no se permite realizar actuaciones relacionadas directamente a la tarea de investigación o indagatoria, ello no implica un impedimento para realizar actuaciones diversas como sería la publicación en la lista de la Comisión de acuerdos emitidos con anterioridad al acuerdo de conclusión de la investigación; o, en su caso, acordar la presentación de información y documentos que se hayan recibido por parte de los agentes económicos con anterioridad a la conclusión del plazo de investigación.

En otros términos, las diligencias de investigación en todo caso son los requerimientos, visitas o cualquier acto de molestia realizado durante la indagatoria, si estos fueron emitidos dentro del plazo para realizarlos deben entenderse apegados a la normatividad de competencia. Ahora bien, los acuerdos a desahogos de información requerida o de clasificación de información ya entregada a la autoridad en desahogo en modo alguno implican una diligencia de investigación, sino que únicamente se trata de los proveídos que recaen a la entrega de información y no entrañan una nueva molestia al particular tendiente a hacerse de información.

Por tal motivo, no se trata de actos que deban estar comprendidos necesariamente en el plazo otorgado para realizar diligencias de investigación. En todo caso, los acuerdos de desahogo de información, lejos de afectar al particular, implican la expresión de la autoridad

en el sentido de que la molestia efectuada mediante el requerimiento ha concluido. Finalmente, 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 competencia.¹⁰³

Por otro lado, es **Infundado** lo señalado por Telcel, en el sentido de que las actuaciones señaladas en párrafos anteriores han violado la normatividad aplicable (el artículo 33 bis), esto en virtud de lo siguiente:

- El doce de mayo de dos mil ocho, la Comisión publicó diversos acuerdos, los cuales fueron emitidos el **treinta de abril de dos mil ocho**.
- Dichos acuerdos se refieren a la **clasificación de confidencialidad de información proporcionada por agentes económicos distintos a Telcel**.

De lo anterior se advierte que contrario a lo señalado por Telcel, ni la emisión de los acuerdos referidos (los cuales, contrario a lo señalado por dicho agente económico fueron emitidos antes del acuerdo que tuvo por concluida la investigación), ni la publicación de los mismos le causa afectación alguna, toda vez que por un lado, la Comisión no realizó "actuaciones" de fondo que pudieran trascender al sentido de la Resolución Recurrída, puesto que dichos acuerdos de trámite no restringían derechos de Telcel independientemente de que fueron emitidos antes del seis de mayo de dos mil ocho, fecha en la que se emitió la emisión del acuerdo que tiene por concluida la investigación.¹⁰⁴

Es decir, la Comisión publicó acuerdos de trámite que no causan perjuicio alguno a la recurrente, puesto que en dichos acuerdos únicamente se tuvo por clasificada información presentada por un agente económico diverso, lo cual no tiene implicaciones privativas para la recurrente, ello toda vez que la clasificación de información tutela el derecho que asiste a los agentes económicos para que la información que presenten ante la Comisión sea clasificada, y en consecuencia en los términos que establece el artículo 31 bis de la LFCE; pero que no tiene relación directa (no trasciende a la emisión de la Resolución Recurrída) con la causa que se investiga o sobre la que se resuelve, ni limita, por otro lado, el derecho de algún agente económico distinto del interesado.

Ahora bien, la publicación de los acuerdos referidos por Telcel, cumplen a su vez una formalidad establecida en los artículos 65, fracción II y 69 del RLFC, por lo que no existe

¹⁰³ Artículo 34 bis de la LFCE: "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".

¹⁰⁴ Sirve de sustento, el siguiente criterio judicial: "**RECURSO DE RECLAMACIÓN. ES IMPROCEDENTE CONTRA LOS ACUERDOS PRESIDENCIALES QUE DECLARAN LA INCOMPETENCIA DEL ÓRGANO DE AMPARO PARA CONOCER DE UN ASUNTO.** El artículo 104 de la Ley de Amparo prevé que el recurso de reclamación procede contra los acuerdos de trámite dictados por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Presidentes de sus Salas o de los Tribunales Colegiados de Circuito, y que podrá interponerlo cualquiera de las partes, por escrito, en el que se expresen agravios, dentro del plazo de 3 días siguientes al en que surta efectos la notificación de la resolución impugnada. Ahora bien, **no toda resolución de mero trámite ocasiona un perjuicio a las partes, sino sólo las que definan un derecho, lo restrinjan o lo anulen en forma definitiva.** Por tanto, como los acuerdos de incompetencia solamente determinan el órgano de amparo que deberá hacerse cargo del trámite y resolución de una demanda o de un recurso, sin prejuzgar sobre la materia de fondo del asunto, contra dichos proveídos resulta improcedente el recurso de reclamación, toda vez que, por regla general, está ausente el perjuicio, elemento imprescindible para que tenga alguna eficacia práctica la resolución que llegara a dictarse." Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 35, Octubre de 2016; Tomo I; Pág. 740. 2a./J. 120/2016 (10a.). (Énfasis añadido).

transgresión alguna en contra de la normatividad aplicable, y por ende, tampoco se han coartado los derechos de la recurrente, máxime cuando se advierte que ni la emisión de los acuerdos del treinta de abril de dos mil ocho, ni su publicación le causan perjuicio alguno.

En consecuencia, esta autoridad advierte que no existe incumplimiento a lo establecido en la fracción V, del artículo 33 bis de la LFCE por parte de la Comisión.

Finalmente, también es **infundado** lo señalado por Telcel respecto a que no es suficiente que se señale que los acuerdos fueron emitidos el treinta de abril de dos mil ocho, toda vez que dichos señalamientos son incorrectos y no controvierten todos los aspectos que sustentaron la Resolución Recurrída.¹⁰⁵ Si bien asiste la razón a Telcel en el sentido de señalar que el momento en que tuvo conocimiento de los acuerdos emitidos el treinta de abril de dos mil ocho fue hasta el día de su publicación, tampoco dicha manifestación combate lo resuelto en la Resolución Recurrída, ya que como ha quedado precisado con anterioridad, la emisión de los acuerdos del treinta de abril de dos mil ocho, y su posterior publicación no causan perjuicio alguno a Telcel. Cabe advertir que Telcel tampoco señala de qué forma la clasificación de información confidencial contenida en los acuerdos en comentario le afectaba o por qué tendría que pronunciarse sobre la misma.

3.6. Suspensión del procedimiento

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El procedimiento debió suspenderse porque la resolución EQLLPN había sido impugnada. Si se concede la razón a las recurrentes en dicha resolución la definición de mercado carecería de materia y, si se confirmara, las razones que consideró la Comisión para iniciar el procedimiento dejarían de tener sustento.

El nueve de agosto de dos mil once, Telcel solicitó que fueran analizadas las cuestiones de previo y especial pronunciamiento formuladas en el escrito de manifestaciones respecto al DP, a lo que la Comisión determinó que no se actualizaba supuesto previsto en el artículo 366 del CFPC, lo que viola los derechos de Telcel, porque “los juicios que fueron sobreseídos, debían influir directamente en el sentido de la Resolución Definitiva que se combate, lo que no sucedió en la especie”.

¹⁰⁵ En apoyo se cita, el siguiente criterio judicial: **“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE COMBATEN ARGUMENTOS ACCESORIOS EXPRESADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA, MÁXIME CUANDO ÉSTOS SEAN INCOMPATIBLES CON LAS RAZONES QUE SUSTENTAN EL SENTIDO TORAL DEL FALLO.** En términos del artículo 88 de la Ley de Amparo, la parte a quien perjudica una sentencia tiene la carga procesal de demostrar su ilegalidad a través de los agravios correspondientes, lo que se cumple cuando los argumentos expresados se encaminan a combatir todas las consideraciones en que se apoya la resolución impugnada. Ahora bien, los agravios resultan inoperantes cuando tienen como finalidad controvertir argumentos expresados por el órgano de control constitucional en forma accesoria a las razones que sustentan el sentido del fallo, sobre todo cuando sean incompatibles con el sentido toral de éste, porque aunque le asistiera la razón al quejoso al combatir la consideración secundaria expresada a mayor abundamiento, ello no tendría la fuerza suficiente para que se revocara el fallo combatido, dado que seguiría rigiendo la consideración principal, en el caso la inoperancia del concepto de violación.” Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Marzo de 2009; Pág. 5. 1a./J. 19/2009.

(Agravio décimo séptimo) La Resolución Recurrída viola los artículos 222, 348, 349, 366 del CFPC, porque la Comisión resolvió indebidamente y con falta de fundamentación y motivación correspondiente, la cuestión sometida a su consideración en forma oportuna.

Es ilegal que la Comisión mediante la Resolución Recurrída hubiese resuelto en forma indebida la Cuestión de Previo y Especial Pronunciamiento y la Suspensión del Procedimiento que fue formulada por Telcel en su escrito de manifestaciones de once de julio de dos mil ocho.

En efecto, con independencia de las violaciones procesales que del actuar de la Comisión se generen al respecto, a las que expresamente me remito, la Resolución Recurrída es ilegal en virtud de que en tiempo inoportuno y en forma indebida, dicha cuestión se atendió y resolvió en forma incongruente e ilegal.

En primer término, dicha cuestión, como su nombre lo indica, es de Previo y Especial Pronunciamiento; esto es, debió haber sido atendida y resuelta previamente a la emisión de la Resolución Recurrída. Al no haber acontecido así, la Comisión actuó en contra de los derechos procesales de Telcel, lo que es ilegal.

Al no haber sido resuelta ante la presentación del escrito de Telcel de once de julio de dos mil ocho, Telcel compareció mediante escrito de nueve de agosto de dos mil once a solicitar nuevamente la atención y resolución de la misma.

Sin embargo, como se desprende de la página 24 de la Resolución Recurrída, por resolución de diez de agosto de dos mil once la Comisión determinó que "no ha lugar a acordar la solicitud toda vez que de las copias certificadas que ofreció Telcel como prueba el cinco de abril de dos mil once, referidas en el antecedente 1.59 de la presente resolución, se advierte que la Séptima Sala Regional Metropolitana del TFJFA había resuelto sobreseer el expediente 17946/06-17-07-8 y acumulados 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9" Así, sin más, la Comisión decidió desconsiderar lo que fue oportunamente expuesto y sometido a su consideración, lo que es ilegal.

En las páginas 36 a 40 de la Resolución Recurrída, la Comisión atendió supuestamente la cuestión de mérito, pero en forma indebida. En efecto, la Comisión únicamente se dedicó a aislar y sacar de contexto las manifestaciones de Telcel para argumentar que el sobreseimiento del juicio de nulidad dictado en el expediente 17946/06-17-07-8 y acumulados 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9 ante el TFJFA tenía como consecuencia que la prestación del servicio bajo la modalidad EQLLPN quedó en los mismos términos y condiciones considerados en el DP, sin fundar ni motivar su determinación.

Al respecto, destacó que la Comisión apreció en forma incorrecta la materia de los mismos, pues ni siquiera entendió debidamente las manifestaciones hechas valer por Telcel, pues al formular la "Cuestión de Previo y Especial Pronunciamiento" en el escrito de once de julio de dos mil ocho Telcel señaló que con posterioridad al inicio, admisión y tramitación de aquellos juicios de nulidad, la Comisión había dado inicio público a un procedimiento administrativo de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes que justamente se refieren a la Resolución EQLLPN y la modalidad que en ella ha establecido la autoridad reguladora en las RSLD, materia de esos juicios de nulidad.

Además, Telcel manifestó que dentro de los elementos que la Comisión dijo haber tomado en cuenta para iniciar la investigación de mérito se encuentra tal Resolución EQLLPN, así

como las manifestaciones que al respecto han vertido los operadores mencionados en los citados juicios de nulidad. Es más, la determinación de los mercados relevantes se hizo en buena medida con base en la Resolución EQLLPN.

En esos términos, Telcel señaló que es claro que el resultado de esos procedimientos contenciosos administrativos debía influir directamente en lo que pudiera resolverse en este procedimiento, pues se relaciona con la subsistencia, la validez, la eficacia y/o el contenido de esa Resolución EQLLPN, que es elemento determinante de la declaratoria, el dictamen y los mercados relevantes que mencionó la Comisión, sin que la Comisión determinara algo al resolver la cuestión planteada, ni al dictar la Resolución Recurrída.

Asimismo, Telcel manifestó que si la legalidad, validez y suficiencia de la Resolución EQLLPL quedase confirmada en aquellos juicios de nulidad (como en realidad sucedió), de manera tal que se desestimaran los argumentos de los demandantes, entonces tales argumentos que la Comisión dijo haber tomado en cuenta para la emisión de su DP serían contrarrestados definitivamente, por lo que no podrían sostenerse ni atenderse, por lo que este procedimiento quedaría sin materia.

Por lo anterior, y al haber quedado confirmada la legalidad de la Resolución EQLLPL, entonces los argumentos de las ahí demandantes en contra de tal resolución, que constituyen buena parte de las razones que tomó en cuenta la Comisión para dar inicio al procedimiento, así como sus consideraciones sobre el mercado relevante y el supuesto poder sustancial, como obran en el DP y en la Resolución Recurrída han sido desestimadas por la autoridad jurisdiccional para todos efectos, afectando la materia de este expediente, por lo que la Comisión debía resolver tomando en consideración estos argumentos, lo que no sucedió en la especie.

Por lo demás, la Comisión no funda ni motiva debidamente sus determinaciones, pues se limita a argumentar que la solicitud de Telcel es infundada, sin citar precepto alguno que la faculte para ello y sin justificar debidamente su conclusión.

Así, los argumentos en que la Comisión se basó para negar la debida resolución de la cuestión de previo y especial pronunciamiento hecha valer por Telcel precisamente refuerzan la falta de estudio respecto sus argumentos en este procedimiento.

En efecto, la Comisión omitió el estudio oportuno, exhaustivo y adecuado de la cuestión de referencia en forma indebida y, en violación de los derechos procesales y garantías de legalidad, fundamentación, motivación y seguridad jurídica de Telcel, para concluir que, en su concepto, las manifestaciones y solicitudes de Telcel son insuficientes o infundadas.

En virtud de lo anterior, el actuar de la Comisión y la omisión de una debida fundamentación y motivación que la llevaron a resolver que las solicitudes de Telcel son insuficientes o infundadas, conculca los derechos y garantías de Telcel.

El argumento es inoperante por reiterativo y por manifestaciones genéricas. El combate que realiza Telcel ya ha sido objeto de estudio por la CFC en la Resolución Recurrída,

específicamente en el apartado 5.1.1.1, sin que en esta oportunidad procesal se controviertan los argumentos formulados en esta última.¹⁰⁶

Sin perjuicio de lo anterior, las manifestaciones de Telcel son genéricas, ya que no indican **(i)** cómo la suspensión del procedimiento hubiera afectado el procedimiento, **(ii)** ni en qué forma se dejaría el mercado sin materia, ni mucho menos **(iii)** cómo se dejaría sin sustento el inicio del presente procedimiento.

Llama la atención el argumento de Telcel en el sentido de que si la modalidad EQLLPN quedara sin efectos afectaría la Resolución Recurrída y si se confirma también lo afectaría, lo cual resulta contradictorio. En cuanto a las manifestaciones referentes a los sobreseimientos, que cabe destacar, no se pronuncian sobre el fondo de lo debatido, Telcel no indica en qué sentido estos tendrían impacto alguno sobre el fondo del asunto puesto que no señaló en qué se modificaría la determinación del Mercado Relevante.

3.7. DP

3.7.1. Naturaleza y justificación del DP y la Resolución Recurrída

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.8. de la Ejecutoria: “4.8. En los apartados 3.7.1 Naturaleza y Justificación del DP y la Resolución Recurrída (...), la responsable calificó los argumentos relativos como inoperantes por novedosos, señalando que debieron alegarse por la hoy quejosa al manifestarse respecto del dictamen preliminar y no al momento de interponer el recurso, ya que la fijación de las cuestiones a debate se realizaría con base en lo contenido en ese dictamen y la antítesis que formulen los agentes económicos con interés, destacando la responsable que no existe disposición alguna que la obligue a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos que realice. Igualmente, motivó la responsable, la recurrente pretendió traer a estudio elementos que son posteriores al período investigado”. Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo y en su totalidad del argumento planteado.

Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

No se define la naturaleza del DP, las causas para iniciarlo, ni el beneficio que acarrearía la imposición de las medidas específicas. No motiva en forma exhaustiva el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Tampoco la Resolución Recurrída motiva el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Al respecto y en cumplimiento a la Ejecutoria esta autoridad estima que el argumento anterior es **infundado** por las siguientes consideraciones.

¹⁰⁶ “(...) Según lo antes señalado, y dado que la Séptima Sala Regional Metropolitana TFJFA sobreseyó en los juicios promovidos por Avantel y Axtel, la prestación del servicio bajo la modalidad EQLLPN ha quedado en los mismos términos y condiciones considerados en el DP. Por lo anterior, con independencia de lo fundado o infundado del planteamiento de Telcel, no es jurídicamente posible suspender el presente procedimiento de declaratoria, ya que la causal de suspensión planteada por Telcel, recaía en los referidos juicios que han sido resueltos, de tal forma que el argumento de Telcel ha quedado sin materia y la tramitación del presente expediente DC-07-2007 debe continuarse y concluirse con la resolución correspondiente en los términos señalado en el artículo 60 del RLFCE” Página 40 de la Resolución Recurrída.

En primer lugar y contrario a lo pretendido por Telcel, no existe disposición alguna que obligara a la Comisión o que obligue a esta autoridad a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos –ya sean materiales o formales- que en el ejercicio de sus atribuciones realicen, pues éstos pueden considerarse en atención al procedimiento en que se origina, por la autoridad que lo emite o la finalidad que busque.

Asimismo, respecto a la supuesta omisión de motivar el ejercicio de las facultades discrecionales con las que contaba la Comisión, el argumento es **infundado**, pues ni el Dictamen Preliminar ni la Resolución Recurrída constituyen una facultad discrecional, sino que son una consecuencia legal del procedimiento previsto en el artículo 33 bis, fracciones V y VII, de la LFCE.

También como quedó señalado en el numeral 3.2.2. de la presente resolución y como señala Telcel en su escrito del presente recurso, al citar al maestro Gabino Fraga, las facultades discrecionales son aquellas en las que la autoridad tiene posibilidades de elección,¹⁰⁷ como es el caso del acuerdo de inicio en los procedimientos que se originan de oficio; es así que se reitera que la Resolución Recurrída y el Dictamen Preliminar emitidos por la Comisión, no son una facultad discrecional, sino una obligación por parte de dicha autoridad en atención al procedimiento que sustanciaba. En este sentido, la CFC no tenía capacidad de elección entre dos o más opciones, pues se encuentra obligada a emitir una resolución respecto al procedimiento que previamente había instruido, de conformidad con la normatividad aplicable.

Con relación a la motivación del inicio del procedimiento, también como se refirió en el numeral 3.2.2. de la presente resolución, en el Acuerdo de Inicio se mostraron los elementos

¹⁰⁷ Al respecto, el magistrado Jean Claude Tron Petit, cita los siguientes autores:

“Sobre el tema A. de Laubadère sostiene lo siguiente:

“En cada organización administrativa es necesario que una parte –más o menos amplia según los dominios -de poder discrecional sea dejada a las autoridades administrativas. Esta necesidad procede de que es imposible tanto al legislador como al juez tener una visión exacta de los elementos concretos, que al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de las decisiones administrativas. La justificación del poder discrecional es pues esencialmente una justificación práctica.

“Para Bacigalupo rige el siguiente concepto:

“Se concibe la discrecionalidad como margen para optar entre las siguientes conductas, una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado en el plano estrictamente cognitivo, la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo; en primer lugar actuar o no actuar, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante (discrecionalidad de actuación); y, en segundo, elegir entre una consecuencia u otra, si la Administración opta por actuar (o está obligando a ello) y son varias las consecuencias jurídicas permitidas (discrecionalidad de elección).

“Según Alessi:

“(…) discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley o la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo señalado por la ley. La discrecionalidad, por lo tanto, se exterioriza, necesaria y únicamente en la apreciación comparativa de un interés público y de una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción.

“García de Enterría sostiene que la discrecionalidad es creada por la ley -vinculación positiva- y atribuye competencia para apreciar un supuesto dado y elegir, con plena libertad de entre varias soluciones, todas ellas viables, la más conveniente.” (Tron Petit, Jean Claude, Gabriel Ortiz Reyes. La nulidad de los actos administrativos. 2ª edición. Editorial Porrúa, México, 2007. Pp. 26 y 27).

“...siempre resulta útil dejar a la administración un amplio sector de actividad discrecional, esto, porque es natural que en ocasiones escape de la mente del legislador, la previsión exacta de la realidad concreta que se presente, pues esta ha de variar en función de distintos elementos de tiempo, lugar, forma y materia, por tanto, la necesidad de adaptar permanentemente a circunstancias particulares y cambiantes es la razón que justifica ese ámbito de discrecionalidad (...)” (Pérez Dayán, Alberto. Teoría general del acto administrativo. Editorial Porrúa, México, 2003. Pp. 31).”

que dieron al mismo, consistentes en: **(i)** los hechos referidos por operadores sobre las tarifas y costos los servicios relevantes y **(ii)** lo establecido en la regulación sectorial sobre terminación y las modalidades EQLLP.

Cabe destacar que la Comisión sí motivó en forma exhaustiva el ejercicio de sus facultades discrecionales, supuesto que aconteció al iniciar de oficio este procedimiento (pues el inicio en sí mismo constituye el acto discrecional), al respecto pueden verse los apartados 1.2 y 5.1.2 de la Resolución Recurrída. Finalmente, se resalta que este procedimiento únicamente tiene por objeto analizar las condiciones de competencia o identificar a un agente económico con poder sustancial en mercados, por lo que no corresponde a este procedimiento justificar la imposición de medidas específicas ni determinar el beneficio que su imposición genere. La justificación y la estimación de beneficios de medidas específicas que correspondía a la entonces autoridad reguladora del sector, en este caso la SCT, o bien, la Cofetel.

3.7.2. Clasificación de confidencialidad

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución. Al respecto se señaló:

“4.7. En los rubros (...) **3.7** (sic) **Clasificación de Confidencialidad** (...) la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos de **inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP** (dictamen preliminar), señalando que tales argumentos fueron alegados por Telcel en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró, había precluído su derecho para hacerlos; (mencionan que parte de esos argumentos habían sido atendidos)” (Énfasis añadido)

Previo a la calificación y análisis de fondo de lo argumentado por Telcel, esta autoridad advierte que, en la Ejecutoria y en la Sentencia, el presente argumento se identificó con el numeral 3.7 y con el título Clasificación de Confidencialidad, sin embargo de una revisión efectuada a la Resolución 2012 esta autoridad concluye que como tal no existe un numeral 3.7 que contenga ese título, el numeral 3.7 tiene el título DP. Sin embargo el título que es identificado en la Ejecutoria y en la Sentencia como Clasificación de Confidencialidad contiene los numerales 3.7.2.1 y 3.7.2.2 mismos que a continuación se analizan.

3.7.2.1. De los anexos del DP

Al respecto, Telcel señaló:

“(...) El Dictamen Preliminar y sus anexos, particularmente los marcados con los números 2, 2-I, 2-II Y 2-III, son ilegales en virtud de que en ellos se ha llevado a cabo y se hace patente una indebida, ilegal y desigual clasificación de la información como información confidencial.

En efecto, en la nota 9 de la página 13/47 del Dictamen Preliminar el Pleno de la Cofeco señaló que el Anexo 2-I no habría de considerarse como información confidencial y podía publicarse, mientras que los Anexos 2-II y 2-III (a pesar de referirse a las mismas cuestiones aunque de personas distintas) sí tiene tal carácter y no habrían de hacerse públicos, lo que deviene en ilegal por dos motivos.

Tales determinaciones redundan en un actuar injusto y desigual de esa autoridad frente a los demás sujetos mencionados en el procedimiento respecto de los cuales los anexos respectivos con análisis del mismo contenido sí fueron considerados y clasificados como información confidencial.

En primer término, la decisión de publicar el Anexo 2-I del Dictamen Preliminar carece de motivación, ya que en la nota 9 aludida la Cofeco no expresa motivo o razón alguna que sustente tal determinación o que demuestre la aplicabilidad y actualización de los preceptos legales que se mencionan.

Ahora bien, para supuestamente fundar tal decisión, solamente se mencionan en aquella nota al pie los artículos 31 bis, fracción III, de la Ley de Competencia (Sic) y 18, último párrafo de las de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante "Ley de Transparencia"). Sin embargo, tales preceptos son insuficientes para que el contenido íntegro del Anexo 2-I fuese considerado como público y, por ende, pudiera ser difundido como lo fue.

Esos preceptos definen como información pública a la que ya se hubiese dado a conocer por otros medios de difusión, se halle en registros o en fuentes de acceso público, lo que no basta para que el Anexo 2-I fuese considerado como información pública y hubiese sido difundido ilegalmente, por lo cual la decisión de hacerlo así es ilegal y agravia a Telcel.

En efecto, si bien al tenor de esos preceptos en el Dictamen Preliminar y su Anexo 2-I se menciona alguna información que se ha dado a conocer por otros medios de acceso público, como reportes anuales a algunas autoridades o instituciones para efectos diversos de los pretendidos en este procedimiento, también es cierto que las conclusiones que de tal información pretendió obtener el Pleno de la Cofeco tenían que ser clasificadas como información reservada y/o confidencial al tenor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, pues esas conclusiones no se desprenden de fuentes de acceso público y constituyen decisiones supuestamente preliminares que no han concluido y en el que no se ha emitido resolución definitiva alguna que hubiese quedado firme.

De manera tal que es falso que esos preceptos autorizaran a hacer público el contenido del Anexo 2-I, por lo que la consideración, decisión y orden de hacerlo, carece de una adecuada fundamentación.

Lo cierto es que no se debía clasificar ese Anexo 2-I como información pública y, por ende, las autoridades de esta Comisión debieron abstenerse de publicarlo en términos (sic) lo dispuesto por la Ley de Transparencia, cuyos artículos 3, 4, 5, 7, 8, 13, 14, 15, y 16 son del tenor literal siguiente:

"Artículo 3.- para los efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

V. información: la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título;

VI. información reservada: aquella información que se encuentra temporalmente sujeta a alguna de las excepciones previstas en los artículos 13 y 14 de este Ley;

(...)

XIV. Sujetos obligados:

a) el poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la república;

(...)

f) cualquier otro órgano federal.

(...)

Artículo 4.- son objetivos de esta Ley:

(...)

III. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados;

(...)

Artículo 5.- La presente ley (Sic) es de observancia obligatoria para los servidores públicos federales.

Artículo 7.- Con excepción de la información reservada o confidencial prevista en esta Ley, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar, en los términos del Reglamento y los lineamientos que expida el Instituto o la instancia equivalente a que se refiere el Artículo 61, entre otra, la información siguiente: (...)

Artículo 8.- El poder judicial de la federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales.

Artículo 13.- Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

(...)

IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o

V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

Artículo 14. También se considerará como información reservada:

I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;

II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;

(...)

IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;

(...)

VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV de este Artículo, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.

Artículo 15.- La información clasificada como reservada según los artículos 13 y 14, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de doce años. Esta información podrá ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron origen a su clasificación o cuando haya transcurrido el periodo de reserva. La disponibilidad de esa información será sin perjuicio de lo que, al respecto, establezcan otras leyes.

El instituto, de conformidad con el Reglamento, o la instancia equivalente a que se refiere el artículo 61 establecerán los criterios para la clasificación y desclasificación de la información reservada.

Excepcionalmente, los sujetos obligados podrán solicitar al Instituto o a la instancia establecida de conformidad con el Artículo 61, según corresponda, la ampliación del periodo de reserva, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación.

Artículo 16.- Los titulares de las unidades administrativas serán responsables de clasificar la información de conformidad con los criterios establecidos en esta Ley, su Reglamento y los lineamientos expedidos por el Instituto o por la instancia equivalente a que se refiere el artículo 61, según corresponda.”

Es decir, en términos de la Ley de Transparencia, que es obligatoria para la Cofeco, la información reservada no puede ser publicada.

Pues bien, el contenido del Anexo 2-I, así como en general del Dictamen Preliminar, en realidad constituye información reservada de conformidad con lo establecido en la Ley de Transparencia, ya que se trata del contenido de un expediente administrativo en el que aún no se ha emitido la resolución definitiva ni ha causado estado, además de que contienen opiniones o puntos de vista que forman parte del periodo deliberativo del procedimiento en el que no se ha emitido la resolución definitiva.

Por ello, la clasificación hecha sobre la información destacada como información pública, así como la publicación misma, resulta ilegal, ya que se trata de información que debe ser catalogada como reservada y, por ello, debe evitarse su publicación y difusión hasta que termine la causa de la reserva.

Ahora bien, de cualquier manera, la clasificación como información pública del Anexo 2-I relativo a un supuesto Grupo Económico Telcel/Telmex, resulta además abiertamente injusta e ilegal, ya que, bajo un trato violatorio del principio de igualdad procesal de las partes frente a la autoridad, la Cofeco clasificó como información confidencial y negó la publicación y acceso de las demás partes a los Anexos 2-II y 2-III por contener “datos personales” de los sujetos ahí mencionados.

En primer lugar, debe entenderse que es hasta este momento en que Telcel puede manifestar su oposición a la publicación de los datos personales (su nombre, denominación, patrimonio, accionistas, etc.), pues no se le emplazó al procedimiento anteriormente ni se le dijo qué información obraría en autos. En ese sentido, desde las manifestaciones del Dictamen Preliminar, Telcel de manera expresa manifestó la oposición a la publicación de sus datos personales, sin que la Resolución Definitiva se desprenda cuestión alguna al respecto.

Al contrario la Cofeco, en la página 76/423 señala que dicho anexo se obtuvo de fuentes de acceso público, y que Telcel no demostró que no puedan ser considerados como información confidencial, lo cual es inexacto.

Además, es absurdo que con el argumento de no publicar datos personales se clasifiquen como confidenciales los Anexos relativos a otros sujetos, cuando el Anexo 2-I también contiene los datos personales apuntados y, no obstante, se ordenó su publicación.

Desde luego, como no se han hecho públicos, se desconoce el contenido de tales anexos 2-II y 2-III, pero debido a la materia del procedimiento, al propósito de esos anexos y a las fuentes mencionadas en el Dictamen preliminar, su contenido no podría variar sustancialmente en cuanto al contenido del Anexo 2-I, por lo que no puede explicarse la diferencia de criterio y de decisión al respecto, misma que resulta injusta, desigual e ilegal.

Lo anterior constituye una violación procesal de la mayor trascendencia, que ha dejado a Telcel en indefensión y le ha colocado en absoluta desigualdad frente al resto de los participantes en el procedimiento, por lo que la determinación de que el Anexo 2-I constituye información pública debe ser anulada y debe ordenarse su clasificación como información confidencial y/o reservada, junto con el resto de los datos personales de mi mandante que llegaren a obrar en el expediente. En su defecto, en igualdad de condiciones, consideraciones y trato, debe clasificarse como pública la información contenida en los Anexos 2-II y 2-III de manera tal que puedan ser conocidas por mi mandante y el público. (...)”

El argumento de Telcel es infundado con base en las siguientes consideraciones:

Con relación al argumento relacionado con el supuesto trato desigual respecto la clasificación de información de los anexos correspondientes a los GIE de Telefónica y entonces Iusacell, este Instituto advierte que las manifestaciones de la recurrente son infundadas, pues, si bien es cierto que los anexos 2-II y 2-III no fueron publicados en la página de Internet de la CFC, ello fue consecuencia de que dicha autoridad realizó la clasificación de los mismos con base en la información aportada por Telefónica y Iusacell así como la acreditación efectuada por dichos AEI, de que la misma debía ser clasificada en esos términos de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE. A diferencia de Telcel quien se abstuvo de presentar la información que le fue requerida.

Concretamente, este Instituto advierte que la CFC, a través del oficio de dieciocho de diciembre de dos mil siete,¹⁰⁸ requirió diversa información y documentación a Telcel, quien mediante escrito de veinticuatro de enero de dos mil ocho manifestó su imposibilidad para presentar la información que le fue requerida.¹⁰⁹ Al respecto, en el DP a modo de resumen se presentaron las razones que Telcel señaló:

“(i) se encontraba imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló en esta etapa procesal, en razón de que la Comisión lo había considerado como un agente económico con interés en el presente procedimiento; (ii) en su caso, una vez que se respetara su garantía de audiencia previa, podría manifestar lo que a su derecho conviniera y ofrecer los elementos de convicción que estimara pertinentes (...) (iii) se le dejaba en estado de indefensión e inseguridad jurídica por la falta de definición sobre la causa (...)”.¹¹⁰ (Énfasis añadido)

Mediante acuerdo de veintiocho de enero de dos mil ocho, la Comisión dio contestación a las manifestaciones antes señaladas, reiteró a Telcel el requerimiento apercibiéndole que en caso de negarse a proporcionar la información requerida, dicha autoridad adoptaría sus resoluciones con base en los hechos de su conocimiento, así como en la información y documentación disponibles.¹¹¹ (Énfasis añadido)

Mediante escrito de diecinueve de febrero de dos mil ocho, Telcel reiteró su imposibilidad para cumplir con el requerimiento, insistiendo en la argumentación antes descrita.¹¹² Ante ello, por acuerdo de veintidós del mismo mes y año, la CFC hizo efectivo el apercibimiento a dicho agente económico.¹¹³

De lo anterior, resulta evidente para este Instituto que Telcel no desahogó los requerimientos de información que le fueron solicitados y, en consecuencia, la Comisión emitió el DP con base en la mejor información disponible. Como resultado de lo anterior y dado que la información contenida en el Anexo 2-I se obtuvo de fuentes de acceso público, éste fue publicado de forma íntegra. Basta una revisión a dicho anexo para poder constatar todas y cada una de las citas a pie de página donde se hace referencia a las fuentes de información de donde la CFC obtuvo la información.¹¹⁴

De forma contraria, los anexos señalados con los números 2-II y 2-III no fueron publicados en la página de Internet de la Comisión, toda vez que dicha autoridad clasificó la información contenida en los mismos con el carácter de reservada o confidencial, como consecuencia de que Telefónica y Telcel **acreditaron dicho carácter**, de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE.

¹⁰⁸ Folios 374 a 386 del Expediente.

¹⁰⁹ Folios 4606 a 4608 del Expediente.

¹¹⁰ Folio 47762 del Expediente.

¹¹¹ Folios 14977 a 14980 del Expediente.

¹¹² Folios 24825 a 24830 del Expediente.

¹¹³ Folios 24849 a 24858 del Expediente.

¹¹⁴ Información pública obtenida de los informes anuales de los reportes financieros presentados a la Bolsa Mexicana de Valores consultables en las siguientes páginas de Internet: [http://www.bmv.com.mx/](http://www.bmv.com.mx;); http://www.bmv.com.mx/infoanua/infoanua_4769_20070702_1719.pdf Así como en la información disponible en las siguientes direcciones electrónicas: <http://stivconsulta.cnbv.gob.mx/ArchivosStivC/T0799E0284/A079901007.pdf> http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1129137/000090342307000454/slimmovil-13da16_0425.htm.

A mayor abundamiento, el artículo 31 bis de la LFCE, establece que la clasificación de confidencialidad de la información, se hará a solicitud del agente económico interesado, siempre y cuando presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión:

“Artículo 31 bis. La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, será reservada, confidencial o pública, en términos de este artículo. (...) Durante la investigación, la Comisión no permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente los agentes económicos con interés jurídico en éste podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada como confidencial. (...) Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de la información que les sea presentada. Cuando medie orden de autoridad competente para presentar información, la Comisión y dicha autoridad deberán dictar las medidas que sean conducentes para salvaguardar en los términos de esta Ley aquella que sea confidencial. (...) Para efectos de esta Ley, será: **I. Información reservada**, aquella a la que sólo los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso; **II. Información confidencial**, aquella que de hacerse del conocimiento de los demás agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento, pueda causar un daño o perjuicio en su posición competitiva a quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación. (...) La información sólo será clasificada como confidencial cuando el agente económico así lo solicite, acredite que tiene tal carácter y presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente o, en su caso, las razones por las que no puede realizar dicho resumen. Si no se cumple con este último requisito, la Comisión requerirá al agente económico un nuevo resumen. Si este último no cumple con lo requerido, la Comisión hará el resumen correspondiente, y - - - **III. Información pública**, la que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos. (...) La Comisión en ningún caso estará obligada a proporcionar la información confidencial ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga” (Énfasis añadido)

De lo anterior resulta evidente que los agentes económicos tienen tres obligaciones respecto la clasificación de su información: **(i)** solicitar que se realice la clasificación correspondiente; **(ii)** acreditar el carácter de confidencial y **(iii)** presentar un resumen de la información.

Tomando en cuenta los antecedentes antes señalados, resulta lógico que la Comisión haya clasificado de manera diversa la información relativa a Telcel que aquella relacionada con Telefónica y en ese entonces Iusacell, en virtud de que estos, al presentar la información que le fue requerida, sí acreditaron el carácter de confidencial y reservado de esta última; sin embargo, Telcel por su parte, no desahogó los requerimientos efectuados por la CFC y, lógicamente, no se encontraba en posibilidad de solicitar la clasificación de información alguna.

El argumento de la recurrente en el que señala que la información contenida en el anexo 2-I de Telcel es confidencial al ser un “procedimiento que no ha quedado firme, de conformidad con la LFTAIPG” es **infundado**, tomando en consideración que el artículo 31 bis de la LFCE, establece claramente lo siguiente:

“Artículo 31 bis. La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, será reservada, confidencial o pública, en términos de este artículo. (...) Para efectos de esta Ley, será: I. **Información reservada**, aquélla a la que sólo los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso; II. **Información confidencial**, aquélla que de hacerse del conocimiento de los demás agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento, pueda causar un daño o perjuicio en su posición competitiva a quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación. (...) La información sólo será clasificada como confidencial cuando el agente económico así lo solicite, acredite que tiene tal carácter y presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente o, en su caso, las razones por las que no puede realizar dicho resumen. (...) y III. **Información pública**, la que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos. (...)” (Énfasis añadido)

De lo establecido en el artículo antes transcrito, se advierte que la información que se allega en el periodo de investigación en los procedimientos que realiza la Comisión, puede ser clasificada 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, sin importar circunstancias de modo, tiempo y lugar, ni de situaciones procesales particulares como lo es el caso en concreto.

Como se puede observar en el Anexo 2-I del que se duele la recurrente, en sus diversas notas al pie de página, la información que se obtuvo de Telcel proviene de la información que dicho agente económico debe publicar de conformidad con la Ley del Mercado de Valores, la cual se considera información pública dado que puede ser consultada por cualquier persona a través de páginas de internet. Por lo tanto, la información utilizada para realizar el anexo correspondiente a Telcel colma el supuesto del artículo 31 bis, fracción III de la LFCE.

Ahora bien, debe recordarse que la publicación del Dictamen Preliminar, así como el Anexo correspondiente fue realizado en cumplimiento a lo establecido por los artículos 33 bis, fracción V, de la LFCE; y 55, último párrafo, del RLFCE, los cuales señalan:

“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: (...) V. Concluida la investigación correspondiente y si hay elementos para determinar la existencia de poder sustancial o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar y publicará un extracto en los medios de difusión de la Comisión y publicará los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación”.

“**Artículo 55.-** Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente: (...) Todos los extractos de los acuerdos de inicio, los dictámenes preliminares y las resoluciones, que deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación, deben enviarse a dicho órgano dentro de los diez días siguientes a la fecha de su emisión, sin perjuicio de que la Comisión publique el dictamen preliminar y la resolución en su sitio de Internet, y la parte afectada o los agentes con interés soliciten copia del dictamen preliminar y la resolución, previo pago de los derechos que correspondan”. (Énfasis añadido)

Así, de las transcripciones anteriores se advierte lo siguiente: **(i)** al encontrar elementos para determinar la existencia de poder sustancial, la autoridad de competencia debe emitir el DP y publicar un extracto del mismo en los medios de difusión de dicha autoridad, así como los datos relevantes en el DOF; y **(ii)** que la autoridad de competencia debe publicar dicho dictamen en su sitio de Internet.

En consecuencia, la clasificación de la información que el multicitado dictamen contenía se hizo de confirmad con el artículo 31 bis de la LFCE, mismo que establece:

“**Artículo 31 bis.** La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, será reservada, confidencial o pública, en términos de este artículo. (...)”

Ahora bien, dicho artículo, en su fracción III, 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, pues como se ha señalado, el propio artículo 33 bis establece que el dictamen preliminar que se emita deberá ser publicado en los medios de difusión de la autoridad de competencia. Refuerza la publicidad de la información el hecho de que los insumos para redactar el Anexo 2-I fueron obtenidos de fuentes de acceso público como información que debe ser publicada por obligaciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores.

“(...) y III. Información pública, la que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos. (...)” (Énfasis añadido)

Por lo que hace a la manifestación de la recurrente en relación con la publicación de sus datos personales y el momento para manifestar su oposición se reitera a la recurrente que el contenido del Anexo 2-I, contiene datos que provienen única y exclusivamente de información obtenida de fuentes públicas, en virtud de que no desahogó el requerimiento de información y documentación emitidos por la CFC por lo que ésta no tenía la obligación de clasificarla.

Por lo anterior, es claro que en el caso concreto, el procedimiento para resolver sobre la existencia de poder sustancial establece de forma clara que una vez concluida la investigación debe publicarse un extracto del dictamen preliminar correspondiente pues con ello, **(i)** la autoridad de competencia puede seguir allegándose de información y **(ii)** da la oportunidad a las personas que fueron consideradas con poder sustancial en el mercado relevante de manifestar lo que a su derecho convenga.

Conforme lo anterior es evidente que **la publicación del extracto del dictamen preliminar debe de realizarse antes de que sea emitida la resolución correspondiente**, es decir, antes de que ésta quede “firme” como lo sugiere la recurrente. En consecuencia, la publicación debe de realizarse conforme la clasificación de información que hayan solicitado y acreditado los agentes económicos en sus respectivos resúmenes, conforme a lo establecido en el artículo 31 bis de la LFCE. Lo cual hasta este momento procesal, Telcel había omitido.

Por lo que hace a que la información de Telcel debía mantenerse como reservada o confidencial porque era parte de un procedimiento deliberativo en términos del artículo 14 de la LFTAIPG, se reitera que en términos de lo establecido por el artículo 31 bis de la LFCE la información que integra el Anexo 2-I es, desde su origen, información pública, toda vez que fue obtenida de fuentes de acceso público y que Telcel no acreditó un carácter distinto en términos de la LFCE.

Al respecto, debe recordarse que conforme los artículos 1 y 2 de la propia LFTAIPG, de manera general, toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública y de manera excepcional ésta puede ser clasificada como confidencial o reservada en términos de lo dispuesto en los artículos 13 a 19 del mismo ordenamiento, es decir, siempre que los particulares que entreguen la información a los sujetos obligados señalen que los documentos que entregan al sujeto obligado guardan dicho carácter y que presenten un resumen de estos señalando de forma específica qué información del documento debe ser clasificada, así como la razón de su dicho.

“Artículo 18. Como información confidencial se considerará: I. La entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 19, y II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley. No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.

Artículo 19. Cuando los particulares entreguen a los sujetos obligados la información a que se refiere la fracción I del artículo anterior, deberán señalar los documentos que contengan información confidencial, reservada o comercial reservada, siempre que tengan el derecho de reservarse la información, de conformidad con las disposiciones aplicables. En el caso de que exista una solicitud de acceso que incluya información confidencial, los sujetos obligados la comunicarán siempre y cuando medie el consentimiento expreso del particular titular de la información confidencial.” (Énfasis añadido)

En el caso concreto, se reitera a la recurrente que, al no proporcionar la información que la CFC le requirió en múltiples ocasiones, ésta elaboró el Anexo 2-I con base en la información disponible en fuentes públicas, perdiendo así la recurrente, la oportunidad de solicitar y demostrar el carácter confidencial o reservado de su información.

Sin perjuicio de lo anterior, Telcel no explica las razones con las que justifique que la información referida en el Anexo 2-I es confidencial o por las que hacer pública la información correspondiente a la integración del GIE de otros agentes económicos,

modificaría el sentido de la Resolución Recurrída, máxime si no señala en qué sentido le podría llegar a causar algún perjuicio.

3.7.2.2. De la información de Cofetel

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“(…) Además, resulta ilegal y contrario a los derechos procesales de mi mandante el que se hubiese clasificado, sin más, toda la información que –se dice– presentó la Cofetel en el procedimiento, pues se impide a la defensa tener acceso a esos datos, además de que no se ha precisado cuál información fue solicitada a la Cofetel, cuál fue remitida y cuál es propiedad de mi mandante o fue proporcionada a dicha Cofetel por Telcel de manera reservada. Todo ello es contrario a las leyes de transparencia invocadas, a la confidencialidad que merece la información presentada por tal carácter por mi mandante, así como al artículo 31 Bis de la Ley de Competencia que también vincula a las autoridades.

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.”

En su escrito de manifestaciones Telcel se inconformó respecto al mismo extremo (la clasificación hecha sobre la información proporcionada por Cofetel), a lo cual la CFC emitió oportuna respuesta en el último párrafo del apartado 5.1.14 de la Resolución Recurrída, resultando por tal motivo, infundadas las manifestaciones realizadas en torno a ello.¹¹⁵

Asimismo, se señala que la clasificación de la información presentada por la Cofetel, fue derivada de la solicitud y justificación presentada por dicha entidad, prerrogativa que les fue señalada en el correspondiente requerimiento de información y respecto del cual se pronunciaron al presentar su escrito de desahogo al mismo; cuestión que no puede señalarse que sea ilegal ni contraria a derecho procesal alguno, toda vez que lo anterior se realizó de conformidad con lo establecido al efecto por el artículo 31 bis de la LFCE, como se advierte en el acuerdo de fecha primero de abril de dos mil ocho, emitido respecto de la clasificación de la información proporcionada por la Cofetel.¹¹⁶ A mayor abundamiento, resulta pertinente la respuesta dada en el apartado inmediato anterior 3.7.2.1. Acerca del momento en que debe ser combatida la clasificación de confidencialidad formulada.

3.7.3. Publicación del DP en el DOF

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, realizando la calificación y análisis de fondo sobre las consideraciones efectuadas por Telcel.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.7. de la Ejecutoria: “4.7 En los rubros... **3.7.3. Publicación del DP en el DOF...** la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos de inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar), señalando que tales argumentos fueron alegados por Telcel en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró,

¹¹⁵ Página 78 de la Resolución Recurrída.

¹¹⁶ El acuerdo de fecha primero de abril de dos mil ocho, puede ser consultado en el folio 41714 del Expediente.

había precluido su derecho para hacerlos; (mencionan que parte de esos argumentos habían sido atendidos).” (Énfasis añadido)

Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo y en su totalidad del argumento planteado.

Al respecto, Telcel señaló:

“9. Publicación en el D.O.F de fecha 13 de junio de 2008 y falta de publicación oportuna del Dictamen Preliminar en la página www.cfc.gob.mx.

La publicación de mérito se hizo en el D.O.F de 13 de junio de 2008 a solicitud de Cofeco, resulta ilegal en tanto que no cumple con los extremos que exige la ley para que tal extracto fuese debidamente publicado.

La fracción V del artículo 33 bis de la LFCE 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:

(...)

V. Concluida la investigación correspondiente y si hay elementos para determinar la existencia de poder sustancial o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar y publicará un extracto en los medios de difusión de la Comisión y publicará los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación;

Contrariamente al texto del precepto citado, en la publicación del supuesto extracto del Dictamen Preliminar no se establece dato relevante ni específico, mucho menos referencias concretas respecto de la investigación, lo que es ilegal.

En efecto, el contenido de dicho extracto no es suficiente para comprender la materia del procedimiento en el que se actúa, los datos que en él se hubieran obtenido, ni menos aún las consideraciones esenciales que llevaron a las autoridades a resolver en determinado sentido.

Además, la propia publicación contiene imprecisiones de hecho que denotan errores y aún falsedades que determinan su ilegalidad.

Del texto expreso de dicha publicación se establece:

“...se hace del conocimiento de los interesados que el dictamen preliminar está publicado de manera íntegra, con excepción de la información confidencial y reservada en términos del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, en la página de Internet de la Comisión Federal de Competencia (www.cfc.gob.mx), mismo que puede ser consultado siguiendo los vínculos Resoluciones...Declaratorias...”

Sin embargo, a pesar de lo que se afirma en tal publicación hecha en el D.O.F., el Dictamen Preliminar no se publicó oportunamente en la página de mérito, tal y como se demuestra con las actas tiradas ante los fedatarios públicos Fernando Martínez Macedo, titular de la Correduría Pública Número 67 del Distrito Federal y Patricio Garza Bandala, titular de la Notaría Pública número 18 del Distrito Federal bajo los instrumentos números quinientos seiscientos setenta y seis (sic) y treinta y ocho mil nueve, ambos de 13 de junio de 2008, que en original fueron exhibidos por Telcel.

De los instrumentos públicos referidos se corrobora que ni a las 10:38 ni a las 11:30 horas del 13 de junio de 2008 estaba disponible el Dictamen Preliminar en la página de Internet de la Cofeco, en detrimento de la posibilidad de defensa de los interesados.

Así, contrario a lo que pretende la Cofeco en la Resolución Definitiva mi mandante no debía acreditar un hecho negativo, pues en la página 83/423 la Cofeco señala que Telcel no acreditó que no se haya realizado la publicación ese día, manifestando (sin acreditar de forma alguna) que la Comisión efectivamente la realizó.

De lo anterior resulta la ilegalidad de la publicación de marras, pues por su parco contenido y por las manifestaciones falsas que contiene, han causado perjuicio a Telcel, quien ve disminuidas sus posibilidades de defensa.

Por lo expuesto, se ha demostrado la ilegalidad de la publicación de mérito, en virtud de las carencias y falsedades en las que se incurre, lo que ha trascendido y trasciende en el trámite de este procedimiento, y, evidentemente en la Resolución Definitiva que ahora se combate.”

De lo antes transcrito este Instituto advierte que la línea argumentativa de Telcel se basa en su derecho a la debida defensa, el cual, según sus manifestaciones, se vio disminuido porque: (A) El DP no establece datos relevantes ni específicos, ni referencias concretas respecto de la investigación y (B) la CFC no publicó oportunamente en su página de Internet el DP.

Respecto al inciso (A) este Instituto advierte que el argumento de la recurrente es infundado, pues que se limitan a señalar que el extracto del DP no contiene elementos suficientes para comprender la materia del procedimiento. Al respecto, este Instituto realiza las siguientes consideraciones:

En primer lugar, **la publicación del extracto** del Dictamen Preliminar es una obligación prevista en el artículo 33 bis, fracción V, de la LFCE con relación al artículo 55 del RLFCE, por lo que ésta debe realizarse de conformidad a lo establecido en los referidos artículos. Al respecto, estos señalan:

“**Artículo 33 bis.**- (...) En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento:

(...)

V. Concluida la investigación correspondiente y si hay elementos para determinar la existencia de poder sustancial o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar y publicará un extracto en los medios de difusión de la Comisión y publicará los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación”.

“**Artículo 55.-** Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente: (...) Todos los extractos de los acuerdos de inicio, los dictámenes preliminares y las resoluciones, que deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación, deben enviarse a dicho órgano dentro de los diez días siguientes a la fecha de su emisión, sin perjuicio de que la Comisión publique el dictamen preliminar y la resolución en su sitio de Internet, y la parte afectada o los agentes con interés soliciten copia del dictamen preliminar y la resolución, previo pago de los derechos que correspondan”. (Énfasis añadido)

De lo anterior se desprende que una vez que la autoridad de competencia emita un dictamen preliminar, tiene un plazo de diez días para enviar al DOF el extracto correspondiente para su publicación.

En consecuencia, y en estricto apego al procedimiento que señala el precepto normativo antes citado, el día trece de junio de dos mil ocho, la CFC publicó en el DOF el extracto del DP con los datos relevantes de este último¹¹⁷ y de manera adicional, sin estar obligado a ello, tal como consta en el Expediente,¹¹⁸ notificó a Telcel, el Dictamen Preliminar, entregándole copia certificada de dicho documento. Así, se puede advertir que desde el momento de dicha notificación, Telcel tuvo acceso al extracto del DP, así como al texto íntegro de este último y a sus cuatro anexos.

De lo anterior se desprende que, a partir del día trece de junio de dos mil ocho, además del multicitado extracto del dictamen, Telcel contaba con la oportunidad de realizar sus manifestaciones y ofrecer pruebas dentro del procedimiento, dado que contaba con el documento íntegro del DP.

No obstante lo anterior, Telcel argumenta una supuesta insuficiencia del extracto para comprender la materia del procedimiento. A continuación, este Instituto reproduce el contenido del extracto del DP para analizar los datos que éste contiene:

“Datos Relevantes del Dictamen Preliminar sobre la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, para efectos de la modalidad el que llama paga local prevista en la regla vigésima séptima de las Reglas del Servicio Local, emitidas por la Comisión Federal de Telecomunicaciones el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, así como de la modalidad el que llama paga nacional establecida mediante la adición del Capítulo IX a las Reglas del Servicio de Larga Distancia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de abril de dos mil seis. Expediente DC-07-2007.

El Pleno de la Comisión Federal de Competencia reunido en sesión ordinaria, por unanimidad de votos, ante el Secretario Ejecutivo quien da fe, emitió el dictamen preliminar a que se refiere el artículo 33 bis, fracción V de la Ley Federal de Competencia Económica, respecto a la posible existencia de poder sustancial en los mercados de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, para efectos de la modalidad el que llama paga local prevista en la regla vigésima séptima de las Reglas del Servicio Local, emitidas por la

¹¹⁷ Folios 47867 bis a 47873 del Expediente.

¹¹⁸ Como se desprende del acta de notificación por instructivo de fecha trece de junio de dos mil ocho contenida en el folio 47883 del Expediente.

Comisión Federal de Telecomunicaciones el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, así como de la modalidad el que llama paga nacional establecida mediante la adición del Capítulo IX a las Reglas del Servicio de Larga Distancia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de abril de dos mil seis, con fundamento en los artículos 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; 1, 2, 3, 12, 13, 23, 24, fracciones V, XVIII y XIX, 25, 29 y 33 bis, fracción V de la Ley Federal de Competencia Económica; 1, 11 a 14 y 55, fracción III del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, y 1, 3, 8, fracciones I y III, 13, 14, fracciones I y XII y 23, fracciones I, IV y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia y en lo dispuesto por la regla Trigésima Primera de las Reglas de Servicio Local.

1. De acuerdo con la información y documentación contenida en el expediente DC-07-2007:

a) Radiomóvil Dipsa, S.A. de C. V. (Telcel) es concesionaria de redes públicas de telecomunicaciones para prestar el servicio local móvil (en adelante, Concesionaria o Concesionarias SLM, según corresponda) en las nueve regiones celulares y PCS.¹¹⁹

b) 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 son Concesionarias SLM en las regiones celulares 1, 2, 3 y 4, respectivamente, y Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V. es Concesionaria SLM en las nueve regiones PCS (denominadas conjuntamente Concesionarias A).

c) Mediante diversos oficios, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes autorizó a las Concesionarias A para que Pegaso PCS, S.A. de C.V. (Pegaso PCS) prestara los servicios incluidos en sus concesiones.

d) Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V.; Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V.; Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V.; Portatel del Sureste, S.A. de C.V., y SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V. son Concesionarias SLM en las regiones celulares 5, 6, 7, 8 y 9, respectivamente; Iusacell PCS, S.A. de C.V. es Concesionaria SLM en las regiones PCS 1 y 4; Iusacell PCS de México, S.A. de C.V. es Concesionaria SLM en las regiones PCS 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9, y Operadora Unefon, S.A. de C.V. es Concesionaria SLM en las regiones PCS 1 a 9 (en adelante denominadas conjuntamente Concesionarias B).

2. En el dictamen preliminar se definen los siguientes mercados relevantes:

a) Servicio de terminación conmutada prestado por Telcel en el ámbito geográfico cubierto por sus redes públicas de telecomunicaciones para prestar el servicio local móvil (Redes móviles), a los demás concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones autorizadas para prestar servicios locales (Concesionarios SL) y a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones autorizadas para prestar servicios de larga distancia (Concesionarios SLD).

¹¹⁹ Regiones celulares (Cel) y PCS. Cel 1/PCS 1: Baja California, Baja California Sur y municipio de San Luis Rio Colorado, Sonora; Cel 2/PCS 2: Sinaloa y Sonora, excepto el municipio de San Luis Rio Colorado, Sonora; Cel 3/PCS 3: Chihuahua, Durango y los municipios de Torreón, Francisco y Madero, Matamoros, San Pedro y Viesca en el Estado de Coahuila; Cel 4/PCS 4: Nuevo León, Tamaulipas y Coahuila, excepto los municipios de Coahuila antes mencionados; Cel 5/PCS 6: Colima, Michoacán, Nayarit y Jalisco, excepto los municipios de Huejúcar, Santa María de los Angeles, Colotlán, Teocaltiche, Huejuquilla El Alto, Mezquitic, Villa Guerrero, Bolaños, Lagos de Moreno, Villa Hidalgo, Ojuelos de Jalisco y Encarnación de Díaz, del Estado de Jalisco; Cel 6/PCS 7: Aguascalientes, Guanajuato, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas, así como los municipios del Estado de Jalisco mencionados anteriormente. Cel 7/PCS 8: Guerrero, Oaxaca, Puebla, Tlaxcala y Veracruz; Cel 8/PCS 5: Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán, y Cel 9/PCS 9: Distrito Federal y Estados de México, Morelos e Hidalgo.

b) Servicio de terminación conmutada prestado por Pegaso PCS en el ámbito geográfico cubierto por las Redes móviles de las Concesionarias A, a los demás Concesionarios SL y a los Concesionarios SLD.

c) Servicio de terminación conmutada prestado por las Concesionarias B en el ámbito geográfico cubierto por sus Redes móviles, a los demás Concesionarios SL y a los Concesionarios SLD.

Con base en lo expuesto y fundado en el dictamen preliminar, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia determinó por unanimidad de votos:

“Primero. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 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 SLD”.

Segundo. Iusacell PCS, S.A. de C.V.; Iusacell PCS de México, S.A. de C.V.; Portatel del Sureste, S.A. de C.V.; Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V.; Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V.; Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V.; Operadora Unefon, S.A. de C.V. y SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V. tienen 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 SLD.

Tercero. Pegaso PCS, S.A. de C.V. tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en las redes móviles de Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V., y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V., S.A. de C.V. a los concesionarios de servicios locales y a los Concesionarios SLD.

En términos del artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de lo establecido en los oficios números 112.207/0178 de fecha treinta y uno de enero de dos mil y números 112.203/5528, 112.203/5530, 112.203/5527 y 112.203/5529 del uno de septiembre de dos mil cuatro, emitidos por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, este resolutivo se aplica tanto a Pegaso PCS, S.A. de C.V. como a Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V., y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V., S.A. de C.V.

Cuarta. En cumplimiento de la fracción V del artículo 33 bis de la LFCE, publíquese el dictamen preliminar en los medios de difusión de la... (Comisión Federal de Competencia)..., así como sus datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación. Infórmese a los agentes económicos que acrediten interés jurídico en el presente procedimiento, que les asiste el derecho de manifestar lo que a su derecho convenga respecto del dictamen preliminar y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes dentro del plazo señalado en la fracción VI del artículo 33 bis de la LFCE”.

Se hace del conocimiento de los interesados que el dictamen preliminar está publicado de manera íntegra, con excepción de la información confidencial y reservada en términos del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, en la página en Internet de la Comisión Federal de Competencia (www.cfc.gob.mx), mismo que puede ser consultado siguiendo los vínculos Resoluciones→Declaratorias. Los agentes económicos que acrediten tener interés jurídico en el procedimiento tienen el derecho de acceder el expediente, manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes respecto al dictamen en comento, dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la Federación del presente documento.

México Distrito Federal, a once de junio de dos mil ocho. Así lo acordó y firma el Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia, con fundamento en los artículos 23, 29 y 33 bis, fracción V, de la Ley Federal de Competencia Económica; 55 último párrafo del Reglamento de dicha ley, así como en los artículos 8º, fracción III, y 23 fracciones V y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia. **El Secretario Ejecutivo Ali B. Haddou Ruiz**".

De lo antes transcrito se advierte que, además de la transcripción íntegra de los resolutivos del Dictamen Preliminar, se derivan los siguientes datos relevantes:

1. El extracto del DP señaló los artículos con base en los cuales sustanció el procedimiento de determinación de existencia de poder sustancial, a saber: "los artículos 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; 1, 2, 3, 12, 13, 23, 24, fracciones V, XVIII y XIX, 25, 29 y 33 bis, fracción V de la Ley Federal de Competencia Económica; 1, 11 a 14 y 55, fracción III del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, y 1, 3, 8, fracciones I y III, 13, 14, fracciones I y XII y 23, fracciones I, IV y XX del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia y en lo dispuesto por la regla Trigésima Primera de las Reglas de Servicio Local."
2. De forma concreta, en dicha publicación se establece claramente que este procedimiento está dirigido a determinar la existencia o no de poder sustancial en los mercados de servicios a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, para efectos de la modalidad el que llama paga, prevista en la regla vigésima séptima de las RSL, emitidas por la Cofetel el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, así como de la modalidad el que llama paga nacional establecida mediante la adición del Capítulo IX a las RSLD, publicadas en el DOF el trece de abril de dos mil seis, según lo previsto en el artículo 33 bis de la LFCE;
3. El extracto del DP identificó los diferentes concesionarios de las RPT, es decir, los agentes económicos que participaban en los mercados investigados;
4. El extracto del DP señaló con claridad los tres mercados relevantes que la CFC identificó al finalizar la investigación correspondiente;
5. El extracto del DP señaló a los concesionarios con poder sustancial en los mercados relevantes que la CFC identificó durante su investigación;
6. El extracto del DP contenía la liga de Internet correspondiente a la página de la CFC en la cual se podía consultar de forma íntegra dicho dictamen. Haciendo énfasis en que la información que había sido clasificada como confidencial no se encontraba disponible en dicha publicación.
7. El extracto de DP señaló de forma clara que los agentes económicos que acreditaran interés podían manifestar y ofrecer las pruebas que consideraran convenientes, respecto de dicho procedimiento. Especificando que de conformidad con la fracción IV, del artículo 33 bis de la LFCE, dicho plazo correspondía a veinte días hábiles, contados a partir de la publicación en el DOF de dicho extracto.

Ahora bien, los elementos a los que se refiere el artículo 33 bis de la LFCE dentro del procedimiento para resolver sobre la existencia de poder sustancial, tienen como principal objetivo que la autoridad de competencia pueda seguir allegándose de información

(aquella que los agentes económicos con interés en el procedimiento aportan) y, consecuentemente, da la oportunidad a las personas que fueron consideradas con poder sustancial en el mercado relevante, para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

En ese sentido, el extracto del DP únicamente debe contener los elementos que la autoridad de competencia estime pertinentes para garantizar que los agentes económicos con interés participen en dicho procedimiento, manifestando y aportando las pruebas que a su derecho convenga.

En ese sentido, el argumento de la recurrente deviene **infundado**, pues como se ha señalado, el extracto contienen los elementos suficientes para que los agentes económicos con interés en el procedimiento participaran en el mismo. Sin que puedan considerarse las manifestaciones de Telcel en el sentido de que éstas no eran suficientes o claras, pues dicho agente omite señalar de forma específica, qué datos relevantes considera fueron omitidos en el extracto de mérito y cuál fue el menoscabo que la supuesta omisión le causó para poder controvertir la Resolución Recurrída.¹²⁰ Adicionalmente, el mismo trece de junio de dos mil ocho (fecha en que fue publicado el extracto en el DOF), la CFC realizó la notificación por instructivo del DP, entregando a la recurrente copia certificada de dicho documento y cuatro anexos.

Por lo anterior, este Instituto advierte que en dicha fecha Telcel contaba con todos los elementos para conocer y comprender la materia del Expediente, así como los datos relevantes y consideraciones que llevaron a la CFC a emitir el DP, por lo que la recurrente no puede argumentar un “detrimento de la posibilidad de defensa”.

Respecto al inciso **(B)**, este Instituto advierte que el argumento de la recurrente es **infundado**, toda vez que se concluye a partir de las siguientes consideraciones:

Concretamente, Telcel argumenta que el trece de junio de dos mil ocho (fecha de la publicación del extracto en el DOF y la notificación del DP), en la página de Internet de la Comisión no se encontraba disponible el texto íntegro de dicho dictamen, como se señalaba en el texto del extracto del DP, a saber: “Se hace del conocimiento de los interesados que el dictamen preliminar está publicado de manera íntegra, con excepción de la información confidencial y reservada en términos del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, en la página en Internet de la Comisión Federal de Competencia (www.cfc.gob.mx)...”

Para demostrar su dicho, la recurrente ofreció como prueba las documentales públicas consistentes en actas de Fe de Hechos levantadas en esa misma fecha por los fedatarios públicos Fernando Martínez Macedo, titular de la Correduría Pública Número 67 del Distrito Federal y Patricio Garza Bandala, titular de la Notaría Pública número 18 del Distrito Federal, en las que según el dicho de la recurrente “ni a las 10:38 ni a las 11:30 horas del 13 de junio de 2008 estaba disponible el Dictamen Preliminar en la página de Internet de la Cofeco, en detrimento de la posibilidad de defensa de los interesados”.¹²¹

Al respecto, si bien es cierto que de las actas de fe de hechos se desprende que en las horas señaladas no se encontraba disponible el DP en la página de Internet de la CFC, no es dable considerar que ello afectara la posibilidad de defensa de Telcel, pues como se ha reiterado, además de la publicación del extracto de dicho dictamen en el DOF, adicionalmente y sin

¹²⁰ Folio 47883 del Expediente.

¹²¹ Admitidas mediante acuerdo de dos de septiembre de dos mil ocho en el Expediente.

estar obligada a ello, la CFC le notificó el mismo trece de junio y de manera íntegra el DP a Telcel, exceptuando aquella información previamente clasificada como reservada o confidencial. No está de más señalar que las fes de hechos únicamente abarcan el lapso comprendido de aproximadamente una hora, esto es entre las diez treinta y ocho y las once treinta horas del día trece de junio de dos mil ocho, por lo que no son idóneas para acreditar que el Dictamen Preliminar dejó de publicarse ese día hábil.

Bajo dichas consideraciones, es evidente que a pesar de que en el lapso comprendido entre las diez con treinta y ocho minutos y las once con treinta minutos del trece de junio de dos mil ocho, la recurrente no contara con el texto íntegro del DP, al término de dicha fecha, Telcel conocía a detalle el documento de mérito, pues la notificación del DP se efectuó a las doce horas con cero minutos,¹²² estando en posibilidad de realizar sus manifestaciones y ofrecer las pruebas que considerara oportunas, como efectivamente lo hizo.

Adicionalmente, este instituto advierte que si bien el artículo 55, último párrafo, del RLFCE, mismo que fue transcrito al inicio de este apartado, establece la obligación de la CFC para publicar el dictamen preliminar y la resolución en su página de Internet, no indica el plazo para llevar a cabo dicha publicación. No obstante dicho artículo puede ser relacionado con los diversos 34 bis de la LFCE y 2 del RLFC, los cuales señalan lo siguiente:

“Artículo 34 bis.- 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.

Quando no se especifique plazo, se entenderán cinco días para cualquier actuación...”
(Énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 2 del RLFCE señala: “Las resoluciones, opiniones, lineamientos, guías y criterios técnicos de la Comisión, salvo por la información confidencial, deben ser publicados en el sitio de Internet de la Comisión y pueden ser difundidos y compilados en cualquier otro medio. **Las resoluciones deben ser publicadas dentro de los quince días siguientes a su notificación”.** (Énfasis añadido). En conclusión, de ninguno de los artículos señalados se desprende la obligación de la CFC para publicar en la misma fecha el extracto del DP en el DOF y la versión completa de dicho dictamen en su página de internet, como lo pretende la recurrente, y al no indicarse un plazo específico para ello, se entiende que la CFC contaba con los cinco días que como regla general están previstos en el artículo 34 bis de la LFCE para este tipo de supuestos o quince días al tratarse de una actuación del Pleno de la CFC conforme al artículo 2 del RLFCE.

Por todo lo anterior, el argumento de la recurrente es infundado pues como se ha analizado, éste se limita a señalar un supuesto detrimento en la posibilidad de defensa de Telcel a pesar de que éste conoció en tiempo y forma el contenido íntegro del DP.

3.7.4. Modificación del DP a favor de la controladora

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, los numerales 3.7.4.1, 3.7.4.2, 3.7.4.3 y 3.7.4.4, excepto el numeral 3.7.4.4.1, no se encuentran en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenó a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del

¹²² Como se desprende del acta de notificación por instructivo de fecha trece de junio de dos mil ocho contenida en el folio 47883 del Expediente.

Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas a los mismos se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.7.4.1. Extensión de efectos

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

En la Resolución Recurrída se hace referencia a un acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil once, por medio del cual el Pleno de la Comisión dio cumplimiento a la ejecutoria de amparo 458/2009, acuerdo que no fue notificado ni por listas y que constituye una actuación posterior a la integración del Expediente, por lo que no podía realizarse actuación alguna sin regularizar el procedimiento, pues la única actuación que puede existir después de la integración del Expediente es la resolución final. Dicho acuerdo dice que el efecto del amparo concedido es dejar de incluir a un agente económico en el DP, esto afecta al grupo económico "Telcel/Telmex" mencionado en el anexo 2-l, por lo que debió haber sido notificado Telcel para que manifestara lo que a su derecho correspondiera y ofreciera pruebas. Si el DP ha dejado de incluir a un agente económico, es obvio que éste se ha modificado, incluso la Resolución Recurrída así lo dice: "se eliminan de la presente resolución los incisos b), e), g), h) y j) del numeral 1.26 del DP" (página 7). Además de existir incongruencia entre la supuesta eliminación y lo dicho en la Resolución Recurrída, donde se hace referencia a otros expedientes donde se incluye al agente eliminado. Lo anterior ha trascendido al fallo de la Resolución Recurrída.

El argumento es **inoperante** por no existir una afectación directa a la recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas.

El agente económico favorecido por el amparo referido no tenía ninguna calidad en el expediente en que se actúa: no intervino aportando pruebas, tampoco se le declaró dominante. En este sentido, la existencia de su razón social en el DP obedecía al análisis de la determinación del GIE al que pertenece Telcel, pero nada más.

De lo anterior, se desprende que Telcel y el agente beneficiado por el amparo no tienen el mismo carácter en el procedimiento de origen, tan es así que sólo Telcel fue declarado dominante y, atendiendo al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo,¹²³ el

¹²³ Sirve de sustento a lo anterior, los siguientes criterios judiciales: "RENTA. SON INOPERANTES LOS ARGUMENTOS HECHOS VALER EN EL SENTIDO DE QUE NO SE HAN EXPEDIDO LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS A QUE SE HACE ALUSIÓN EN LOS ARTÍCULOS 45-A, 45-F Y 45-G DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005). Los argumentos hechos valer en el referido sentido son inoperantes porque versan sobre una omisión del Ejecutivo Federal respecto de la cual no es posible conceder la protección de la Justicia Federal, en virtud de que ello implicaría obligar a la autoridad a reparar la abstención en que incurrió, es decir, a emitir el reglamento correspondiente, lo cual a su vez se traduciría en pretender dar efectos generales a la ejecutoria correspondiente, mediante la creación de reglas de carácter general, abstracto y permanente, que vincularían no sólo al promovente del juicio de garantías y a las autoridades responsables, sino a todos los gobernados y autoridades que tengan relación con la aplicación de las normas creadas, situación que resultaría apartada del principio de relatividad que rige en las sentencias de amparo. Además, si como acontece en la especie, aún no se han expedido las disposiciones reglamentarias a que se refieren los indicados numerales, el contribuyente exclusivamente debe observar lo que señala la ley de la materia, sin considerar más requisitos o formalidades para su aplicación." Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Septiembre de 2007; Pág. 318. 1a./J. 120/2007.

Así como: "LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el

único beneficiado del mismo es el quejoso a quien se le concede el amparo y no el resto de las partes que la integran, salvo que exista litisconsorcio con la parte quejosa, situación que no se actualiza.¹²⁴

Resulta evidente que Telcel no tiene afectación, ya que él no es el titular del amparo en cita y, en consecuencia, las modificaciones que haya sufrido el DP no le alcanzan a beneficiar o perjudicar en su esfera jurídica. Asimismo, es de señalarse que Telcel en forma alguna presenta argumentos para señalar en qué forma se ve afectada su esfera jurídica.

Acerca de la actuación posterior a la integración del Expediente, debe señalarse que no se agregaron nuevos elementos de análisis sobre la cuestión en controversia, aunado a que Telcel no señala en qué le perjudicaron dichas actuaciones, ni cómo trascenderían al fondo de la Resolución Recurrída. La remisión del Expediente al Pleno, no impide la realización del acto procesal contenido en el acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil siete, pues quién realizó dicho acto, fue el mismo órgano que contaba con dicho expediente y lo tenía en su conocimiento, por lo que no existe incompetencia que se pueda alegar.

También debe considerarse que el acuerdo de veintisiete de octubre arriba referido constituyó el cumplimiento de una ejecutoria de amparo, por lo que la Comisión se encontraba obligada al inmediato cumplimiento de la misma, por tratarse de una determinación de un órgano de control de constitucionalidad, lo anterior en términos del artículo 105 de la Ley de Amparo, por lo que la CFC no podía, como justificación, decir que el expediente se encontraba en estado de resolución para eludir sus obligaciones. En otras palabras, el cumplimiento del amparo no está sujeto a los plazos que establece la LFCE, sino la Ley de Amparo.

artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado." Localización: (TA); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VI, Diciembre de 1997; Pág. 180. P. CLXVIII/97.

¹²⁴ En apoyo a lo anterior, se cita el siguiente criterio judicial: "**SENTENCIAS DE AMPARO. CUANDO ORDENEN REPONER EL PROCEDIMIENTO, SUS EFECTOS DEBEN HACERSE EXTENSIVOS A LOS CODEMANDADOS DEL QUEJOSO, SIEMPRE QUE ENTRE ESTOS EXISTA LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.** Los efectos de la sentencia de amparo que concede la Protección Federal solicitada, deben extenderse a los codemandados del quejoso, quienes no ejercitaron la acción constitucional correspondiente, cuando se encuentre acreditado en autos que entre dichos codemandados existe litisconsorcio pasivo necesario o que la situación de los litisconsortes sea idéntica, afín o común a la de quien sí promovió el juicio de garantías, pues los efectos del citado litisconsorcio pasivo sólo se producen dentro del proceso correspondiente, por lo que sí pueden trasladarse al procedimiento constitucional. Por lo tanto, si se otorgó el amparo y protección de la Justicia Federal, para el efecto de que se deje insubsistente todo lo actuado en un juicio ejecutivo mercantil, a partir de su ilegal emplazamiento, las consecuencias de dicha resolución sí deben alcanzar o beneficiar a los codemandados del quejoso en el juicio natural, en tanto que constituye un acto necesario para el debido cumplimiento de la sentencia de amparo, ya que en el caso contrario, se haría nugatoria la concesión de la Protección Constitucional, sin que esto implique infracción al principio de relatividad de las sentencias de amparo previsto en los artículos 107, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo, habida cuenta de que no se está en la hipótesis de que una sentencia de amparo se hubiese ocupado de individuos particulares o de personas morales diversas a quienes hubieren solicitado la Protección Federal." Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Febrero de 1996; Pág. 78., P. /J. 9/96.

Finalmente, en cuanto a la falta de publicación del acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil once, así como el incidente de nulidad de actuación planteado el dieciséis de diciembre de dos mil once dentro del Expediente, sus argumentos son insuficientes y el incidente infundado. La Comisión no notificó por lista el acuerdo porque derivó del cumplimiento de una ejecutoria de amparo, por lo cual, la CFC estaba únicamente obligada a notificarlo personalmente al quejoso del amparo respectivo. No obstante, de la supuesta falta de notificación, no se desprendería ninguna afectación, pues, como se ha indicado, los efectos de dicho acuerdo no alcanzan a afectar o alterar su esfera jurídica, en virtud de que el quejoso beneficiado por el amparo y Telcel no tienen la misma calidad, por lo que no se afectaron en nada sus derechos de defensa.¹²⁵

3.7.4.2. Falta de oportunidad para pronunciarse

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Resolución Recurrída viola los artículos 1º, 3º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC, así como el derecho de audiencia. Lo anterior porque se ha alterado la materia del procedimiento y el DP, el cual constituye el acto mediante el cual se fija la litis. En la Resolución Recurrída Telcel se entera que se decidió alterar los elementos del DP y sus anexos sin otorgarle garantía de audiencia y se pretende, a pesar de ello, confirmar en sus términos el DP. Además, se pretende mejorar la argumentación utilizada en el DP, agregando criterios emitidos en forma posterior al inicio del procedimiento y su simple inclusión es lesiva de derechos.

Asimismo, el contenido del anexo 2 de la Resolución Recurrída y el del anexo 2 del DP es distinto. En la Resolución Recurrída se hizo una nueva exposición de la constitución del grupo de interés económico Telcel/Telmex. Dichos cambios “no son meramente cosméticos”, sino sustanciales. Si los argumentos que motivaron los cambios fueran fundados entonces se modificó sustancialmente el grupo de interés económico para efectos de este expediente y la autoridad estaría reconociendo las fallas del DP, por lo que sólo podría dejarlo insubsistente y cerrar el expediente; porque el grupo de interés ya no se integra como se había dicho y que la empresa que se dijo controla a Telcel ya no es parte del grupo y que a Telcel le obligan resoluciones de otros expedientes. La Comisión actuó

¹²⁵ Sirve de sustento, el siguiente criterio judicial: “ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE “ILEGALIDADES NO INVALIDANTES” QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO AL PARTICULAR (CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005). Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgarle la oportunidad para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005, si no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido declarar la nulidad, cuando la ratio legis es muy clara en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones; y es así que el artículo 237 del mismo código y vigencia, desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como “ilegalidades no invalidantes”, respecto de las cuales no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada.” Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Agosto de 2007; Pág. 1138. I.4o.A. J/49.

fuera de la ley porque ninguna disposición le autoriza a realizar dichas modificaciones y si existiera sería inconstitucional por afectar el derecho de audiencia.

La Comisión sólo podía entrar en el estudio de los hechos expresados en el DP, acorde a las manifestaciones y pruebas aportadas por los agentes, mismas que de ser fundadas, debía cerrarse el expediente.

Estas variaciones tienen efectos evidentes en la resolución.

El argumento es **inoperante**, por no existir una afectación directa a la recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas, ya que, en materia, el DP no tiene una naturaleza definitiva, pues, como su nombre lo dice, se trata de una determinación “preliminar”, sujeta a las aportaciones de los interesados. Aun cuando las modificaciones realizadas en la Resolución Recurrída no hubiesen sido materia de estudio en el DP, Telcel no ha visto vulnerados sus derechos de defensa, pues la oportunidad para pronunciarse respecto a dichos aspectos, se encuentra en el presente recurso de reconsideración.¹²⁶

Telcel, al formular el recurso de reconsideración, aportó pruebas a efecto de acreditar que las referencias a resoluciones de los expedientes DC-002-2007 y DC-004-2007 no pueden ser utilizadas, de dichas probanzas, se aprecia que no se le deja en estado de indefensión y que el agente ha podido argumentar y probar en contra del contenido de la Resolución Recurrída (lo que hace patente que no se ha limitado en nada el derecho de audiencia de Telcel).¹²⁷ Dichos elementos se analizan en el apartado 3.7.4.3 de esta resolución.

¹²⁶ 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 (DP), con el que se dará vista a los agentes interesados. Una vez emitido el DP, los agentes podrán realizar las manifestaciones que consideren pertinentes sobre las conclusiones preliminares de la Comisión y allegarla de elementos probatorio 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 DP.

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 DP, por no haber sido ahí tratadas. Como ejemplo se encuentra la prueba pericial en economía ofrecida por lusacell a efecto de demostrar que la situación del mercado relevante es la misma que la del servicio de terminación en redes de telefonía fija. También Telcel se asistió de dicho derecho y ofreció elementos probatorios para acreditar que los expedientes citados por la Comisión no se encuentran firmes y, en consecuencia, no pueden ser utilizados por dicha autoridad. De lo que se concluye que no existe restricción en los derechos de defensa de Telcel, quien se allegó de su derecho a aportar nuevos elementos probatorios. Véase el acuerdo de veinte de diciembre de dos mil once dictado en el Expediente del Recurso.

A pesar de ser distintos los objetivos de cada etapa, existe unidad en cuanto al procedimiento que se instruyó; 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 Recurrída que no fueran analizados en el DP.

¹²⁷ Con su escrito de recurso Telcel ofreció como pruebas las siguientes:

“(1) instrumental, consistente en todo lo actuado en el recurso de revisión 175/2011 en conocimiento del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, incluyendo el amparo indirecto 1333/2009, de las cuales ha solicitado copia certificada, sin que a la fecha le haya sido entregada;

“(2) instrumental, consiste en todo lo actuado en el recurso de revisión 64/2011 de índice del Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, incluyendo el amparo indirecto 1768/2009, de las cuales ha solicitado copia certificada, sin que a la fecha le haya sido entregada;” (síntesis del acuerdo de veinte de diciembre)..”

Las supuestas incongruencias entre la eliminación realizada en el DP y la remisión a otros expedientes no ocasionan agravio a Telcel, ya que la resolución de amparo no alcanza a revocar las determinaciones hechas en otros expedientes (como lo serían el DC-002-2007 y DC-004-2007), pues sólo afecta al acto originalmente tildado de inconstitucional.

En cuanto al mejoramiento del anexo 2 del DP mediante la inclusión de criterios judiciales emitidos en forma posterior al inicio del procedimiento, los mismos confirman la motivación y fundamentación realizada en el DP. Debe considerarse que la jurisprudencia no constituye una norma de carácter general, sino una interpretación de la misma que debe ser incorporada por la autoridad en la resolución de los asuntos pendientes de fallo,¹²⁸ como aconteció en el caso concreto, pues se insiste en que el DP es una resolución preliminar.

Finalmente, los conceptos que ataquen la constitucionalidad del procedimiento en materia de competencia económica se encuentran fuera de la competencia de esta autoridad, por lo que resultan inoperantes.¹²⁹

Las cuales fueron admitidas en sus principales, mas no en sus juicios origen: "en atención a que la existencia de los expedientes de origen era del conocimiento del agente con anterioridad al listado para sesión del Pleno de esta Comisión del expediente DC-007-2007".

¹²⁸ Sirve de sustento a lo anterior, los siguientes criterios judiciales: "**JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 193 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional." Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 16., P./J. 145/2000.

Así como: "**JURISPRUDENCIA. LOS NUEVOS CRITERIOS SON APLICABLES A LOS CASOS AÚN NO DECIDIDOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.** El artículo 197, cuarto párrafo, de la Ley de Amparo, sustancialmente contiene una regla general de aplicación de la jurisprudencia para casos en que existan modificaciones a los criterios judiciales, al establecer que: "(...) El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada(...)". Lo anterior significa que si el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifican una jurisprudencia, los cambios de criterio serán válidos para resolver exclusivamente casos aún no fallados, sin que puedan afectarse las situaciones concretas decididas en los precedentes, pues por seguridad jurídica de la cosa juzgada el nuevo criterio no puede cambiar los casos ya resueltos; sin embargo, los asuntos que aún no han sido fallados por el órgano jurisdiccional competente, sí deben ser ajustados al nuevo criterio jurisprudencial, independientemente de que en la época en que surgió la problemática a resolver y de que en la fecha en que se valora un hecho hubiera estado vigente otro criterio que ha sido superado. Así, conforme al criterio del Tribunal Pleno contenido en la jurisprudencia P./J. 145/2000 que se publica en la página 16 del Tomo XII, correspondiente al mes de diciembre de dos mil, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la jurisprudencia no está sujeta a los principios de retroactividad típicos en las leyes; además, si no se hiciera la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial, se contravendría la regla de obligatoriedad que deriva de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, la cual vincula a todas las autoridades que desarrollan actividades jurisdiccionales." Localización: (TA); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Marzo de 2002; Pág. 428., 2a. XIV/2002.

¹²⁹ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: "**INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.** Compete sólo al Poder Judicial de la Federación juzgar de la constitucionalidad de leyes o actos, y por lo mismo inconsistente resulta pretender que el causante recurra al Tribunal Fiscal de la Federación para someter a su consideración resoluciones que se atacan por la inconstitucionalidad de la ley en que se apoya. El amparo contra una ley expedida por el Poder Legislativo y contra su reglamento expedido por el presidente de la República no puede ser objeto de estudio cuando se prescinde de señalar a dichas autoridades como responsables, señalando sólo con tal carácter a las autoridades ejecutoras, pues de no adoptarse este criterio se resolvería sobre

3.7.4.3. Uso de expedientes que no se encuentran firmes y falta de inclusión

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“Destaca el caso de la definición de grupo de interés económico en el anexo 2-1 de la Resolución Recurrída, en cuyo apartado sobre la supuesta inclusión de mi mandante en tal grupo se alude a dos resoluciones emitidas con posterioridad al Dictamen Preliminar, que no se agregan en copia certificada al expediente y no obstante se pretende usar como hecho notorio (cosa que es contraria al texto del criterio judicial que ahí mismo se cita), y que no están ahora ni estuvieron firmes al emitirse la resolución respecto de Telcel, contra quien no podrían tener uso alguno en su perjuicio como en todo caso lo ha definido la autoridad judicial.”

“...es incongruente y falso que al 27 de octubre de 2011 tales resoluciones estuvieran firmes respecto de Telcel. Para ello, hago valer el hecho conocido por esa autoridad de los juicios de garantías planteados por Telcel en relación con actuaciones relativas a los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007, que en esa fecha e incluso al momento de interponer el presente recurso están pendientes de recibir resolución definitiva que se conozca y hubiera sido publicada. En todo caso, al momento de emisión de la Resolución Recurrída los juicios de amparo planteados por Telcel habrían sido sobreseídos, pendientes de causar estado tal sobreseimiento, por lo que no es posible pretender usarlas o darles ejecución en perjuicio o afectación de Telcel...”

A efecto de acreditar los extremos de este agravio, Telcel ofreció la documental pública consistente en copias certificadas de todo lo actuado en los expedientes de amparo en revisión 64/2011, que se tramitó ante el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, y 175/2011 que se tramitó ante el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, dichos recursos tuvieron por objeto solicitar la **“CONFIDENCIAL POR LEY”**

Los recursos de reconsideración referidos fueron desechados, puesto que Telcel no tenía interés jurídico en los procedimientos DC-002-2007 y DC-004-2007, este criterio fue confirmado por los Juzgados Primero¹³⁰ y Décimo Segundo¹³¹ de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal y, finalmente, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.¹³²

A los documentos referidos se les concede el valor que establecen los artículos 93, fracción II, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituyen prueba plena respecto de los hechos contenidos en dichas constancias. Dicha prueba tuvo por objeto acreditar que las resoluciones de los procedimientos DC-002-2007 y DC-004-2007 no pueden tener los alcances pretendidos por la CFC en la Resolución Recurrída, pues no están firmes para efectos de Telcel y que no tendrán por qué ser usadas en su perjuicio.

la constitucionalidad de leyes o actos sin la audiencia de los órganos del Estado que los creó o intervinieron en su formación.”
Localización: (TA) ; 5a. Época; 2a. Sala; Informes; Informe 1947; Pág. 74.

¹³⁰ Referencia a la sentencia dictada el seis de abril de dos mil once.

¹³¹ Referencia a la sentencia dictada el once de noviembre de dos mil diez.

¹³² Referencia a la sentencia dictada el uno de diciembre de dos mil once que resuelve el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia de fecha once de diciembre de dos mil diez dictada por el Juez Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

De dichas documentales se desprende lo siguiente:

“CONFIDENCIAL POR LEY

“CONFIDENCIAL POR LEY”

En consecuencia, los documentos en estudio no pueden demostrar que la definición de GIE ahí realizada se encuentra subjudice, ya que, “CONFIDENCIAL POR LEY”, del contenido de las constancias correspondientes al expediente RA-64-2011 se desprende que “CONFIDENCIAL POR LEY”, motivo por el cual la determinación de GIE hecha en el expediente DC-004-2007 no fue atacada por Telcel.

Debe considerarse que los criterios y elementos contenidos en los expedientes DC-002-2007 y DC-004-2007 pudieron ser combatidos por Telcel en el presente recurso de reconsideración, ya que, **la Resolución Recurrída adoptó la determinación de GIE ahí realizada y forma parte de la motivación de la misma, consecuentemente, puede ser materia de impugnación en este recurso.** Máxime que Telcel reconoce que tuvo conocimiento de las resoluciones a través del sitio de Internet de la CFC, pues, de conformidad con el artículo 2 del RLFCE, las resoluciones deben ser publicadas en Internet.

Por otra parte, la afirmación de Telcel por la cual sostiene que las resoluciones de los expedientes DC-002-2007 y DC-004-2007 no se encontraban firmes al momento de dictar la Resolución Recurrída, resulta infundada “CONFIDENCIAL POR LEY”, se confirmó la sentencia del Juez Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

También debe considerarse que la doctrina¹³³ ha sostenido que los actos administrativos se encuentran firmes a partir del momento en que no exista instancia administrativa a través de la cual se puedan combatir, lo anterior se debe a que dichos actos gozan de una presunción de legalidad que debe ser destruida por el particular.¹³⁴ Dicha presunción de legalidad y firmeza dota a los actos administrativos de ejecutividad y ejecutoriedad, las cuales permiten a las autoridades administrativas la ejecución de sus actos a través de actos propios (sin recurrir a una autoridad de distinta naturaleza) haciendo uso de mecanismos de coerción.¹³⁵

¹³³ Cfr. Pérez Dayán, Alberto. *Teoría general del acto administrativo*. Editorial Porrúa, México, 2003. Pp. 61-73. Tron Petit, Jean Claude, Gabriel Ortiz Reyes. *La nulidad de los actos administrativos*. 2ª edición. Editorial Porrúa, México, 2007. Pp. 67-75. Roldán Xopa, José. *Derecho administrativo*. Oxford University Press, México, 2008. Pp. 340-344. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. 47ª edición. Editorial Porrúa. México, 2009. Pp. 275-278.

¹³⁴ En apoyo se cita 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.** Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, cuando lo expuesto por la parte quejosa o el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos non sequitur para obtener una declaratoria de invalidez.” (Énfasis añadido) 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.

¹³⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: “**RESOLUCIONES EMITIDAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. NO NECESITAN DECLARACIÓN DE EJECUTORIEDAD, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 8o. Y 9o. DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.** Cuando se dicta una resolución por autoridad administrativa, para su ejecución no se requiere de previa

El argumento referente al requisito de agregar copias certificadas de las resoluciones de los expedientes DC-002-2007 y DC-004-2007, resulta **inoperante** por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas, pues, como se ha dicho, Telcel reconoció que tuvo conocimiento de las mismas. Aunado a lo anterior, los datos publicados en las páginas electrónicas oficiales de los órganos de gobierno constituyen un hecho notorio.¹³⁶ Por lo que resulta innecesario agregar copias certificadas.

3.7.4.4. GIE

3.7.4.4.1. Fundamentación y motivación

El presente numeral se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.9. de la Ejecutoria: **"4.9. El argumento identificado con el rubro 3.7.4.4.1. Fundamentación y Motivación, fue calificado como inoperante por abundar sus manifestaciones y novedoso, precisando que de conformidad con el artículo 33 bis, fracción IV -sic- de la LFCE, el momento para manifestarse respecto al dictamen preliminar y los actos procesales previos es el escrito de manifestaciones respectivo, por lo que, consideró, la recurrente únicamente pretendía mejorar sus argumentos y agregar otros novedosos, sin combatir la resolución recurrida.."** (Énfasis añadido) Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo y en su totalidad del argumento planteado.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

"La Resolución Definitiva es ilegal y debe ser revocada, en virtud de que es violatoria de los artículos 1º, 3º, 33 bis, 34 bis último párrafo y demás relativos de la Ley de Competencia, 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, además de que resulta violatoria de los derechos fundamentales, procesales y de audiencia de mi mandante, en virtud de que se ha resuelto en forma parcial e indebida lo que Telcel sometió a consideración de esta Cofeco durante la

declaración de ejecutoriedad, ya que de conformidad con los artículos 8o. y 9o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los actos de esa naturaleza gozan de presunción de validez mientras no se declare lo contrario por autoridad competente, y son ejecutables a partir de que surte efectos su notificación; de manera, entonces, que no requieren de transcurso de más tiempo a partir de que es eficaz su notificación ni de declaratoria de ejecutoriedad para que, en su momento, válidamente puedan ejecutarse." Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Agosto de 2001; Pág. 1409, VI.3o.A.35 A.

¹³⁶ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: **"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR.** Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada "internet", del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470, XX.2o. J/24.

tramitación del procedimiento DC-07-2007 al hacer manifestaciones y ofrecer pruebas respecto del Dictamen Preliminar.

Resulta indebido e ilegal que en los numerales 4.4 y 4.5, 5.1.21 y 5.1.22 (páginas 89 a 100/423) y en los anexos 2 y 2-1, entre otros, de la Resolución Definitiva se mencione y se aluda al concepto de grupo de interés económico, pretendiendo sostener que mi mandante es parte de uno de ellos, el cual además es definido en forma incongruente, infundada e incorrecta, todo lo cual carece de las debidas fundamentación y motivación, además de ser ilegal, con lo que se acredita la improcedencia de tal resolución.

I. En los numerales 4.4., 4.5, 5.1.21 y 5.1.22 de la resolución que se impugna, así como en los anexos 2 y 2-1 de la misma, se alude al concepto de grupo de interés económico, y se pretende sostener que mi mandante es parte de uno de ellos denominado Grupo de interés económico TELCEL/TELMEX, todo lo cual carece de las debidas fundamentación y motivación, además de ser ilegal, con lo que se acredita la improcedencia de la Resolución Definitiva y del Dictamen Preliminar que la precede.

En primer lugar, destaco que la argumentación vertida al respecto en la Resolución Definitiva demuestra por sí misma que el Dictamen Preliminar a este respecto careció de tal fundamentación y motivación. Esto es, al emitir la resolución que se combate, la Cofeco ha pretendido introducir al procedimiento elementos distintos a los contenidos en el Dictamen Preliminar, argumentos adicionales, que sólo acreditan que -tal y como lo hizo valer Telcel- ese Dictamen Preliminar carecía de la fundamentación y motivación debida y suficiente.

Por lo demás, ya se ha dicho anteriormente que resulta ilegal que la Cofeco altere cuestiones cuya materia en esta Litis quedó fijada al emitir, difundir y publicar el Dictamen Preliminar, lo que pido se tenga por reproducido para evitar repeticiones innecesarias.

En segundo término, por más que la Cofeco se esmere en demostrar lo contrario, lo cierto es que el mero concepto de grupo de interés económico no es necesario, ni idóneo, ni procedente en el presente procedimiento de declaratoria de poder sustancial. Tan es así, que no se entendía ni se explicó su inclusión desde en el mismo Dictamen Preliminar, menos aún en la resolución que nos ocupa. Inclusive, se pretende haber cambiado la composición del grupo en el que se dice está incluido Telcel, como si ello no tuviese relevancia alguna en el caso.

La Cofeco pretende en la resolución que el análisis de competencia requiere la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan TELCEL..." y otros, pero en ese apartado no menciona precepto, razón o motivo alguno que sustente tal afirmación o que acredite que en este caso concreto se requiere de ese análisis. Tal falta de fundamentación y motivación es suficiente para que el mero uso del concepto quede desvirtuado.

Al respecto, en las páginas 89 a 97/423 de la propia Resolución Definitiva, la Cofeco sostiene 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 Cofeco dice que ello es así. Tal petición de principio es evidentemente ilegal y demuestra la improcedencia de la determinación de la autoridad.

Se insiste, esa argumentación no está presente en el Dictamen Preliminar, lo que debió conducir al cierre del expediente, que no obstante fue emitido. Lo que intentó la Cofeco fue ´mejorar´ o cubrir las carencias del Dictamen Preliminar sobre este particular, lo que resulta inoportuno e indebido, habida cuenta que los agentes afectados formularon manifestaciones sobre ese dictamen y no sobre un acto de contenido distinto, por lo que se les coloca en indefensión.

Lo cierto es que, a diferencia del dictamen aludido, ahora la Cofeco pretende (páginas 90 y 91/423) que su afirmación de que el análisis de los grupos de interés económico es necesaria y se requiere en este procedimiento por lo que disponen las fracciones I y III del artículo 13 de la LFCE, y 12 y 13 del RLFCE, lo que es falso. Nada en el artículo 13 sostiene tal afirmación ni menciona siquiera la probable existencia de tales grupos; es decir, ese tema no es materia de tales preceptos por lo que la afirmación de la Cofeco es infundada.

Es más, simplemente destaco el argumento de la Cofeco a ese respecto, que recae sobre su propio peso: en términos de las fracciones I y III del artículo 13 de la LFCE, la participación del mercado de un agente económico (y que puede ser entendido como el constituido como grupo de interés económico) así como el poder de sus competidores, constituyen elementos a considerar en la evaluación de poder sustancial de mercado.´ Otro argumento gratuito y circular: se requiere el análisis de grupo de interés económico porque la Cofeco requiere sustentar su determinación de poder sustancial, aunque la ley no diga nada al respecto.

Se insiste, la simple afirmación categórica de que el análisis de un pretendido grupo de interés económico resulta necesariamente implícito en los procedimientos de competencia es, por general, peligrosa y antijurídica. Por el contrario, aunque la Cofeco 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 y tiene que ser verdaderamente excepcional, pues implica prescindir del concepto básico esencial del Derecho, que es la persona, el centro de imputación jurídica, la personalidad jurídica individual. He ahí el peligro, mismo que se manifestó desde el principio en este procedimiento y que ilegalmente pretende omitir la Cofeco en la página 90/423 dejando a Telcel en indefensión.

No debe soslayarse que, por definición, la individualidad es un rasgo esencial de la personalidad jurídica, la que no admite gradación (se es persona, ni más ni menos). Si acaso permite preferir esa individualidad para ciertos efectos y sólo en ciertos casos, únicamente en situaciones verdaderamente excepcionales y limitadas taxativamente, en las que ciertas conductas o utilidades previa y fehacientemente demostradas lo requieran y autoricen por el bien común (...).”

Las manifestaciones anteriores resultan infundadas en virtud de que, 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 grupo de interés económico) así como el poder de sus competidores, constituyen elementos a considerar en la evaluación de poder sustancial de mercado.

Al respecto, el análisis de competencia requiere de la identificación de grupos de interés económico dentro de los procedimientos de declaratoria de poder sustancial de mercado,

como el que nos ocupa. No está por demás precisar que en el Anexo 2 del propio DP, y que a su vez fue integrado a la Resolución Recurrída, se expone detalladamente la argumentación jurídica y económica que sustenta los criterios respecto a la cuestión relativa al grupo de interés económico.

Contrario a lo señalado por Telcel, la identificación del grupo de interés económico coadyuva en la determinación de existencia de poder sustancial en los mercados relevantes, misma que se realiza considerando lo dispuesto por los artículos 3 de la LFCE y 21, fracciones V y VII del RLFCE, los cuales fueron analizados ampliamente en el Anexo 2 del DP.

En tal sentido, resulta infundado el señalamiento de Telcel en cuanto a que la justificación referida no se encuentra en el DP, toda vez que en el propio Anexo 2 de aquél, quedó identificado debidamente el grupo de interés económico que nos ocupa, razón suficiente para desestimar que la Comisión haya pretendido mejorar la fundamentación y motivación de aquél.

Como se observa, Telcel se limita a señalar en repetidas ocasiones que la identificación del grupo de interés económico resulta carente de fundamentación y motivación; sin embargo, no expone la razón de su dicho. Al respecto, se concentra en señalar que el artículo 13 de la LFCE no prevé la determinación de un grupo de interés económico; sin embargo, la Cofeco en ningún momento señaló que el precepto mencionado indicara tal supuesto. Por el contrario, lo sostenido por dicha autoridad consistió en que, a efecto de determinar la existencia de poder sustancial de mercado, se requería previamente la identificación del agente económico respecto del cual versaría el análisis, situación que implicó que en términos del artículo 3 de la propia LFCE, se identificara la existencia de un grupo de interés económico. Una vez realizado lo anterior, la Comisión procedió a analizar los elementos previstos en el artículo 13 de la LFCE a efecto de determinar la existencia de poder sustancial de mercado respectiva.

En congruencia con lo antes señalado y según quedó señalado en el Anexo 2 de la Resolución Recurrída, el PJF se ha pronunciado al respecto y ha emitido criterios que analizan el funcionamiento de los GIE.¹³⁷ Asimismo, la Primera Sala de la SCJN, en la sentencia dictada el veinticuatro de octubre de dos mil siete en el amparo en revisión 169/2007, 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" y que "las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad

¹³⁷ Criterios cuyos rubros señalan: "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".

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”.

Ahora bien, Telcel continúa señalando lo siguiente:

“(…) Además, sin que implique reconocimiento alguno sobre la manera y términos en que se definió el mercado relevante, lo cierto es que lo dicho en el Dictamen Preliminar y ahora en la Resolución Definitiva sobre los llamados grupos de interés económico así como la manera en que ha actuado la Cofeco para intentar allegarse información al respecto, resulta ilegal e improcedente, pues el propio concepto de grupo económico como un solo agente económico que utilizó en ese Dictamen Preliminar y sus anexos es contradictorio con la manera en que se definió el mercado relevante en este procedimiento. Si acaso, la autoridad lo ha usado para intentar sustentar el supuesto poder sustancial de que se acusa a mi mandante, lo que resulta falaz.

En efecto, para la forma en que esta Comisión definió el mercado relevante, lo único importante es, en todo caso, un concesionario que preste el servicio de terminación de llamadas en una red móvil, nada más, sin la intervención de terceros. Nada tiene ni podría tener que ver con tal mercado (y por ende con el poder que en él se pudiera tener) cualquier otra empresa o persona que no sea titular de tales concesiones y que no preste tal servicio.

En consecuencia, 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 al respecto y ninguna utilidad se les demostró previa y fehacientemente, 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.

He ahí la contradicción patente entre la materia del expediente que nos ocupa y el intento de definición de un grupo de interés económico, argumento que de nueva cuenta dejó de resolver la Cofeco (página 91/423) bajo el pretexto de que mi mandante “no precisa en qué consiste dicha contradicción (...)”.

Las manifestaciones anteriores resultan infundadas en virtud de que, como se señaló en la Resolución Recurrída, Telcel no precisa en qué consiste la contradicción que menciona.

Además de lo anterior, Telcel pasa por alto, por un lado, que las relaciones a las que se refiere el DP corresponden a las relaciones que existen entre tránsito local y el servicio relevante. Lo anterior en virtud de que sin el primer servicio, el segundo no podría llevarse a cabo cuando el tráfico que habrá de ser terminado en una red móvil proviene de RPTs con las que los concesionarios de servicio local móvil no tienen interconexión directa. Por otro lado, Telcel no toma en cuenta que la LFCE previene sobre la necesidad de estudiar tanto la existencia de servicios sustancialmente relacionados con el servicio relevante, como la manera en que los demandantes pueden tener acceso a esos servicios.

En este contexto, no es requisito que todos los agentes económicos que integran un GIE deban tener concesiones del mismo tipo, ni que presten el mismo servicio para que sean considerados dentro del presente procedimiento, porque el hecho de que uno de ellos proporcione un insumo necesario para que los operadores móviles presten el servicio relevante, es suficiente para considerar a ambos en el análisis, y más aún si ambas empresas pertenecen a las mismas personas, y por ello forman parte del mismo grupo de interés económico, porque entonces el prestador del servicio relevante podría contar con ventajas para obtener el servicio relacionado, derivadas precisamente de la pertenencia al mismo GIE.

Por lo demás, y como se ha mencionado en repetidas ocasiones, el análisis de grupo de interés económico en el procedimiento de declaratoria resulta necesario para la determinación de poder sustancial en el mercado relevante en términos de los artículos 13 de la LFCE y 12 y 13 del RLFCE.

Telcel añade lo siguiente:

“(…) Como sea, aunque no lo dijo en el Dictamen Preliminar, ahora la Cofeco pretende que en la especie el concepto de grupo de interés económico sí es coherente y necesario, porque confiesa que esa es la herramienta que usó para poder determinar el poder sustancial en el mercado relevante, habida cuenta su definición del servicio relevante. O sea, otro argumento circular: pretende la Cofeco que el concepto de grupo de interés económico sea procedente en el caso para poder imputar poder sustancial en el mercado relevante por el servicio relevante, en lugar de analizar si es que en el caso se justifica la existencia de tal grupo y, después de ello, ver si existe tal poder sustancial. Una vez más, el burro detrás de la carreta. Usan el concepto de grupo para justificar la previa decisión de que Telcel tenía que ser declarado como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante, lo que acredita el prejuicio de la autoridad que pretende acomodar fichas, principios jurídicos, elementos normativos, sólo de manera formal para utilizarlos como pretexto de una resolución que adoptó previamente. Todo ello es ilegal.

En todo caso, primero tenía que haberse analizado si cabía la consideración de existencia de un grupo de interés económico en la especie y después analizar las implicaciones de esa hipotética situación, pero no al revés. En fin (…)”

“(…) Continúa la Cofeco con ese planteamiento circular, sosteniendo que TELCEL pasa por alto, por un lado, que las relaciones a las que se refiere el DP corresponden a las que existen entre el tránsito local y el servicio relevante, ya que sin el primer servicio, el segundo no podría llevarse a cabo cuando el tráfico que habrá de ser terminado en una red móvil proviene de RPTs con las que los CONCESIONARIOS SLM no tienen interconexión directa. Por el otro lado, no toma en cuenta que la LFCE previene sobre la necesidad de estudiar tanto la existencia de servicios sustancialmente relacionados con el servicio relevante, como la manera en que los demandantes pueden tener acceso a esos servicios. En este contexto, no es requisito que los dos agentes económicos antes referidos deban tener concesiones del mismo tipo, ni que presten el mismo servicio para que sean considerados dentro del presente procedimiento, porque el hecho de que uno de ellos proporcione un insumo necesario para que los operadores móviles presten el servicio relevante, es suficiente para considerar a ambos en el análisis y más aún si ambas empresas pertenecen a las mismas personas, y por ello forman parte del mismo grupo de interés económico,

porque entonces el prestador del servicio relevante podría contar con ventajas para obtener el servicio relacionado, derivadas precisamente de la pertenencia al mismo grupo de interés económico´.

Es falso que mi mandante pase por alto esos temas, pues inclusive fueron refutados al hacer manifestaciones sobre la manera y términos en que se definieron el mercado relevante y el poder sustancial en el Dictamen Preliminar. Sin embargo, a este respecto lo relevante en este agravio es hacer notar, nuevamente que quien pasó por alto esos temas al pretender definir un grupo de interés económico en el procedimiento DC-07-2007 al emitir el Dictamen Preliminar fue la Cofeco, pues ninguna consideración a ese respecto se contiene en el acto aludido, que carece de fundamentación y motivación como aquí lo reconoce la Cofeco (...)"

Al respecto, las manifestaciones del agente económico en cuestión resultan infundadas, toda vez que en ningún momento existió un pronunciamiento por parte de la Cofeco respecto de la existencia de poder sustancial, previo a la identificación del grupo de interés económico en cuestión. Incluso, dicha hipótesis resultaría incomprensible, toda vez que en un primer momento debe identificarse el agente económico respecto del cual versará el análisis respectivo, y una vez hecho lo anterior, se procede a analizar los elementos contenidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, situación que de tal manera aconteció en el presente procedimiento.

Lo anterior es así ya que, aquellos casos donde el concesionario que presta un insumo necesario –tránsito local- para que otro concesionario preste el servicio relevante, y ambos pertenezcan a las mismas personas, pueden derivar en que obtengan ventajas competitivas frente a otros competidores que presten el mismo servicio relevante, ello por pertenecer al mismo GIE.

Respecto de lo ya señalado en cuanto a la conformación del grupo de interés económico, Telcel insiste de la siguiente manera:

"(...)Como sea, el que la Ley de Competencia aluda en los artículos 12 y 13 a ciertos requisitos para que sean definidos el mercado relevante y el poder sustancial no demuestra, ni acredita, ni sustenta que deba hacerse una (sic) análisis sobre la existencia de grupos de interés económico, ni mucho menos aún que su uso en este caso sea adecuado o procedente, por lo que la argumentación de esa autoridad resulta inadecuada con el tema planteado.

Se equivoca la Cofeco e incurre nuevamente en falacias y reduccionismo, pues otra vez parte del prejuicio de que el grupo ya existe para definir la necesidad de la usar (sic) el concepto de grupo y definir su integración, lo que es inadecuado (...)"

Lo anterior resulta a todas luces infundado, ya que la Cofeco al dar respuesta a las manifestaciones de Telcel en contra del DP, es decir, al emitir la Resolución Recurrída, expuso el razonamiento necesario a efecto de acreditar por qué la identificación del GIE en comento resultó correcta, indicando a Telcel que no era requisito el hecho de que los agentes que integraran dicho grupo contaran con concesiones del mismo tipo; sin embargo, se observa que Telcel insiste en señalar que no es así y que dicho razonamiento debió ser expuesto desde la emisión del DP. No obstante, dicha situación derivó de la respuesta exigida por Telcel al

realizar sus manifestaciones al respecto, explicación que sustentó la correcta identificación del grupo de interés económico realizada previamente.

En el mismo sentido, es cierto que no es un requisito de la LFCE acreditar la existencia de un grupo de interés económico. Lo cierto es que el artículo 3 de la LFCE establece a quiénes les será aplicable la LFCE. Es pertinente hacer énfasis en que la porción normativa citada, establece que el contenido normativo de la LFCE será aplicable a cualquier forma de participación en la actividad económica. Como se expuso en párrafos precedentes, un GIE es una forma de participación en el mercado que consiste en una multiplicidad de empresas que tienen intereses financieros, comerciales o/o económicos afines y muestran una unidad de comportamiento en el mercado.

Es importante identificar que Telcel insiste en que la definición del servicio relevante es contradictoria con la determinación del grupo de interés económico, y califica como incorrecta la justificación vertida por la Comisión al emitir la resolución recurrida. Sin embargo, lo cierto es que Telcel sí pasa por alto los motivos previamente expuestos en cuanto a que resultaba necesario estudiar tanto la existencia de servicios sustancialmente relacionados con el servicio relevante, como la manera en que los demandantes del servicio relevante pueden tener acceso a esos servicios, razón suficiente para analizar la participación de empresas que si bien no contaban con los mismos títulos de concesión, sí pertenecían al mismo GIE. Por otra parte, es necesario hacer énfasis en que los conceptos no son contradictorios entre sí. El servicio relevante se refiere al hacer que satisface una necesidad de un tercero por el cual se debe realizar un pago. Un grupo de interés económico, o bien, una multiplicidad de empresas o personas morales pueden prestar un servicio o tener intereses afines respecto al servicio. Así, un grupo de empresas pueden detentar diversos activos para la prestación de un mismo servicio, lo que implica que no necesariamente todas deban ser concesionarias porque puede haber empresas dentro del mismo grupo que se dediquen a la administración de recursos humanos.

Por otra parte, es necesario reiterar que la Cofeco en ningún momento dio por hecho que el grupo de interés económico existiera sin realizar el análisis respectivo –Anexo 2-1-, es decir, no existió un prejuzgamiento por parte de la Cofeco al respecto, toda vez que, en un primer momento se identificó el grupo de interés económico respectivo y posteriormente se analizaron los elementos previstos en el artículo 13 de la LFCE.

Ahora bien, Telcel continúa señalando lo siguiente:

“(…) Desde luego que si procediera hablar de un grupo de interés económico y definir a sus integrantes, es lógico pensar que esos integrantes no presten de manera necesaria los mismos servicios o realicen las mismas actividades. También es lógico que se considere a varias personas y sus servicios en un expediente al tratar de definir mercados y poderes. Sin embargo, ello es inconducente y no resuelve el tema planteado por Telcel en este expediente en relación con la indebida utilización y definición de un grupo de interés económico en el caso, pues esas afirmaciones lógicas no son suficientes para demostrar que el concepto sea útil o procedente en la especie, ni que las personas a que se aludan efectivamente integren el mismo grupo.

En realidad el párrafo citado demuestra lo que, detrás de páginas y páginas, después de cientos de palabras, en realidad piensa la Cofeco: un grupo de interés económico se

integra cuando dos o más personas morales son propiedad de los mismos dueños. Nada más. Pues bien, ese razonamiento es precisamente el que es inadecuado y contrario al sentido del artículo 3° in fine de la Ley de Competencia, así como a la entidad personal individual de los aludidos en tal grupo, pues la pertenencia o tenencia accionaria no es argumento suficiente para prescindir de ello.

A mayor abundamiento, en el Anexo 2-1 del Dictamen Preliminar esa Cofeco sostuvo, precisamente, que Telcel no es propiedad de la misma persona que es propietaria de la persona moral a que se alude como Telmex. Esto es, no hay tal titularidad de las mismas personas, lo que también acredita la inexactitud de la resolución definitiva que se combate.

El párrafo citado es, precisamente la prueba más clara de la falacia constante en el uso y definición de grupos de interés económico que ha llevado a cabo esa Comisión en este expediente. No se define el grupo de interés económico como una forma de participación en la actividad económica, sino que la Cofeco lo define a partir de la mera pertenencia o tenencia accionaria para justificar la determinación del supuesto poder sustancial en el servicio relevante que ya había decidido a priori. Eso es, precisamente, lo ilegal.

Destaco también que en este párrafo se demuestra la procedencia de las defensas de Telcel sobre este particular, pues bajo la mera base de una pertenencia accionaria (no acreditada e incluso excluida del expediente), se dice que bajo el argumento de Cofeco Telcel "podría contar con ventajas para obtener el servicio relacionado", es decir una mera posibilidad, una apreciación hipotética, que excluye la posibilidad de hablar de un grupo de interés económico porque en la especie no hay una conducta, actividad o utilidad previa y fehacientemente comprobada que permita aplicar ese supuesto de la última parte del primer párrafo del artículo 3° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Lo cierto es que la Cofeco ha llevado a cabo y ahora confirma una indebida aplicación del artículo 3 de la Ley de Competencia en perjuicio de mi mandante, ya que lo dicho en el Dictamen Preliminar y de los supuestos elementos obtenidos en la investigación en relación con la supuesta existencia de un grupo de interés económico es indudablemente contradictorio con la materia propia y específica de este procedimiento administrativo DC-07-2007.

Contrario a lo que afirma la Cofeco, el agravio que sufrió mi mandante con ellos es claro y se ha manifestado, tanto por la violación de ese precepto de la ley, como en el hecho de que si no se incluye a Telcel en tal grupo o se omite la definición de un grupo cualquiera, mi representada no podría ser declarado como agente dominante ni tener el poder sustancial que se le imputa.

Lo cierto es que siendo el presente un procedimiento de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes para los efectos del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones, en principio, no se debería pretender juzgar ni sancionar conductas sino que sólo se debe buscar emitir un dictamen sobre una situación del mercado relevante. Ahora bien, en términos normativos y jurisdiccionales para hablar de un "grupo de interés económico" como si se tratase de un solo agente económico en términos de la última parte del primer párrafo del artículo 3 de la Ley de Competencia, es necesario que se analicen, demuestren, estudien y resuelvan conductas o utilidades concretas imputables a un

conjunto de personas físicas o morales y no basta con que se analicen meras situaciones mercantiles, como lo es la tenencia de acciones.

La Cofeco se contradice en la página 92/423 de la Resolución Definitiva, porque unos párrafos antes dijo que la definición del grupo de interés económico resultó fundamental para analizar los supuestos incentivos o ventajas que tendría mi mandante respecto de un insumo esencial para la prestación del servicio relevante y por ello esencial para la definición del supuesto poder sustancial, pero ahora en esa página sostiene paladinamente que 'no se determinó que TELCEL detenta poder sustancial en el mercado relevante, por el hecho de pertenecer a un determinado grupo de interés económico, sino que fueron considerados todos los elementos que establece para tal efecto el artículo 13 de la LFCE y correlativos del RLFCE.' ¿Quién lo puede entender? Lo cierto es que, suponiendo sin conceder, lo que omite decir la Cofeco en el párrafo aludido es que uno de esos elementos del artículo 13 de la Ley de Competencia se argumenta respecto de Telcel precisamente con base en su supuesta pertenencia al grupo que se le imputa.

En el mismo párrafo de la página aludida, la Cofeco reconoce que en el presente procedimiento no se analizan conductas, reconocimiento que se recoge en beneficio del argumento de mi mandante. Como sea, su apreciación sobre el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley es irrelevante en el caso, pues ya sólo faltaba que se imputaran responsabilidades solidarias en este expediente respecto de personas que ni siquiera fueron llamados ni pueden ser parte de él.

La Cofeco señala que 'no cabe presumir que para los efectos del presente procedimiento se requiere probar conductas concretas imputables a dos personas para considerarlas como parte de un mismo grupo de interés económico, sino los hechos y situaciones que les permite tomar decisiones que son beneficiosas para ambas personas en su conjunto.' Ello es, obviamente, antijurídico y contrario a las exigencias que para la aplicación del concepto de grupo de interés económico establecen el artículo 3° de la Ley de Competencia (forma de participación en la actividad económica) y los criterios jurisprudenciales aplicables han sostenido (sic).

Siempre se exige, pues, que existan conductas, participaciones activas o utilidades previa y fehacientemente demostradas de cada uno de los supuestos integrantes de un grupo de interés económico para que se soslaye su individualidad personal en términos de esos preceptos y precedentes. Ese estándar no se ha satisfecho en la especie, lo que es ilegal.

Es más, ahora la Cofeco confiesa que ni siquiera intentó satisfacerlo, pues sostiene que las meras situaciones y posibilidades hipotéticas son suficientes para ello, lo que es ilegal.

Ahora bien, pretendiendo desvirtuar los argumentos de mi mandante e intentar mejorar lo dicho en el dictamen y sus anexos, la Cofeco invocó tanto en la página 93/423 de la resolución de 27 de octubre como en su anexo 2 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. Desde luego, esos criterios no sólo son aplicables al caso (pues se refieren a procedimientos de otra naturaleza) y son jerárquicamente inferiores al invocado por Telcel que proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino que en nada desvirtúan las afirmaciones de mi mandante, pues incluso hacen énfasis en la necesidad de señalar

conductas coordinadas concretas demostradas de cada uno de las personas que se supongan parte de un grupo de interés económico. "Coordinan sus actividades", "demostrar la influencia" y frases afines, dicen los criterios, cosa que en la especie no fue demostrada.

Llama la atención que esa Cofeco desestima los argumentos de Telcel que considera se basan en criterios aplicables a procedimientos de prácticas monopólicas, pero luego pretende sustentar su Resolución Definitiva precisamente en criterios que se refieren a ese tipo de procedimientos. Una nueva contradicción formulada para denegar justicia.

Como sea, lo cierto es que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado lo siguiente:

“Consecuentemente, se concluye 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.

(...)

Ahora bien, es importante señalar que no cualquier persona o entidad relacionada directa o indirectamente con la producción, distribución o el consumo de determinados bienes o servicios son agentes económicos, para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, pues como se dijo en líneas anteriores, su actividad debe necesariamente trascender a la economía del Estado.

Por otra parte, debe precisarse que el artículo 3° de la Ley Federal de Competencia Económica distingue en su contenido dos cuestiones fundamentales que permiten hacer ...una primer distinción respecto de quién puede ser un agente económico para efectos de determinar una práctica monopólica; por un lado, determina las personas que pueden ser agentes económicos en términos de dicha ley, esto es, personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas y fideicomisos. Éstas, de acuerdo con lo señalado en párrafos precedentes, deben ser partícipes en la vida económica del Estado. Por otro lado, al establecer en su parte final que por agente económico se entenderá “cualquier otra forma de participación económica”, no se refiere a las personas que podrían considerarse como agentes económicos, sino a la forma en que los sujetos señalados en el mismo precepto pueden realizar una práctica monopólica..., lo cual tiene relación directa y reproduce el sentido del artículo 28 constitucional, que en su segundo párrafo establece lo siguiente: (se transcribe)

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 a 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 3° 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 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.

(...)

Consecuentemente, la ley que se analiza dispone que deben examinarse las operaciones o prácticas efectuadas por los agentes económicos para verificar si efectivamente las mismas trascienden favorablemente en el Economía del Estado, o bien lo hacen, pero violentando el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil, tal y como ocurre cuando aquéllos tienen o ejercen poder sustancial en el mercado relevante...

En ese sentido, debemos entender por agentes económicos a aquéllas personas que compiten o concurren en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pactan entre sí, de tal forma que, dadas las ganancias o utilidades comerciales que obtienen, trascienden a la economía del Estado, esto es, en el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil.

Por otra parte, pero muy relacionado con lo anterior, 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, 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 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 dentro del grupo económico.

(...)

En ese sentido, 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. En otras palabras, es posible que algunos componentes de un grupo económico determinado, en razón de sus funciones, no tengan injerencia o ni siquiera conocimiento de algunas políticas o actividades desarrolladas por el resto de los componentes de dicho grupo, o bien que dos o más componentes realicen acciones u omisiones conjuntas lícitas o ilícitas que no involucren en nada al resto del mismo.

(...)

De ahí que sea necesario acreditar previa y fehacientemente la participación de todos y cada uno de los componentes de un grupo económico en la actividad irregular, para determinar que efectivamente éste en su totalidad es responsable de tales actividades, por si alguno de ellos no puede comprobársele su participación y, por ende, su

responsabilidad en la actividad ilícita de que se trate, no tiene por qué involucrarse sólo por formar parte de dicho grupo.

Cabe destacar que en los numerales 3.4, 3.5 y 3.6 del Dictamen Preliminar y en sus Anexos 2 y 2-1 se omitió la mención de tales precedentes, de lo que se concluye que la Cofeco deliberada e indebidamente intentó no tomarlos en cuenta, seguramente porque los sabe contrarios a sus pretensiones.

La interpretación que intenta la Cofeco en las páginas 93 y 95/423 de la resolución que se impugna y su anexo 2, resulta incompleta, superficial e ilegal, pues no 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 trascendentales para la economía de cada uno de los sujetos que estima componentes del grupo de interés económico.

De hecho, para desestimar indebida e infundadamente lo dicho al respecto por mi mandante en el expediente, en la página 93/423 de la resolución que se combate la Cofeco ha pretendido interpretar ese criterio pero alejándose de su texto, para después concluir que en realidad no le vincula como pretende Telcel porque en ese caso la Corte habría resuelto efectivamente un tema de prácticas monopólicas y que, por ello, se refiere a conductas. Nada más alejado de la realidad.

Lo que la Suprema Corte ha definido en el criterio antes invocado no es la magnitud o actualización de alguna práctica monopólica, sino lo que debe entenderse en relación con la figura que el artículo 3° de la Ley de Competencia menciona ´como forma de participación en la actividad económica´. He ahí el análisis que ha omitido, indebidamente, esa Cofeco.

Así, la interpretación extensiva que intenta la Cofeco en la Resolución Definitiva para denegar la procedencia de los argumentos de mi 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 trascendentales para la economía de cada uno de los sujetos que estima componentes del grupo de interés económico.

Es falso que se omitiere observar contexto general alguno como pretende la Cofeco, como lo es el hecho de que los criterios judiciales que ahora invoca novedosamente (que no mencionó en el Dictamen Preliminar, lo que determina per se su uso indebido en el procedimiento como se ha visto en agravios precedentes) contradigan o vayan en contra de la interpretación que el Máximo Tribunal ha brindado sobre el artículo 3 de la LFCE en relación con la existencia de grupos de interés económico.

Tales criterios de ninguna manera excluyen la necesidad de que exista una ´participación´, conducta o coordinación demostrada para la definición de grupo de interés económico, y no podrían hacerlo pues esa es la exigencia expresa del artículo 3 de la LFCE.

Es más, según la cita la Cofeco en la página 95/423, tales sentencias afirman que:

´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 de interés 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 en forma aislada e independiente entre sí, o bien, sin el consentimiento 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 comparaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común.

Ello no sólo contradice lo resuelto por la Cofeco, sino que refuerza el argumento planteado por Telcel y es conforme al criterio que invocó emitido por la Corte. Lo mismo puede decirse de los criterios que sostienen la existencia de un control de iure, pues ese criterio no es contrario ni excluyente de los requisitos para que se pueda hablar de la integración de un grupo de interés económico en términos del artículo 3 de la LFCE.

Por más que la Cofeco intenta forzar sus decisiones a través de la "interpretación" de la Cofeco absurdamente pretende que la posibilidad de un actuar independiente e individual de un sujeto es lo que justifique su inclusión en un grupo de interés económico, con lo que no sólo pretende interpretar de manera falsa, forzada y errónea los criterios que invoca, sino que incurre en una falacia infundada e insostenible.

Después, habida cuenta la falta de sustento jurídico de sus afirmaciones, la Cofeco pretende atender a supuestos argumentos "en lo económico" que no sustentan sus afirmaciones y resoluciones, pues en todo caso esas supuestas razones sobre la "razón de ser" de los grupos económicos parten de su existencia que para ser posible requiere, pues, de la actividad o participación de cada uno de sus elementos.

Se insiste, según lo ha resuelto el Alto Tribunal, en términos de la última parte del artículo 3 de la Ley de la materia, para que se dé el excepcional escenario en que un grupo de interés económico pueda ser considerado como un solo agente económico y para poder incluir a sus componentes, se requiere necesariamente acreditar previa y fehacientemente la actividad o utilidad por parte de todos y cada uno de los elementos o personas componentes que se diga integran tal conjunto en la actividad económica respectiva. Si no existe tal actividad o participación acreditada previa y fehacientemente, no puede preterirse la diversidad de personalidades jurídicas de los diversos sujetos considerados ni ha de incluirseles en grupo cualquiera para esos efectos, menos aún para efectos de hacer imputaciones de elementos esenciales de la definición del poder sustancial derivada de un procedimiento como el que nos ocupa.

Eso no sucedió ni se acreditó en este caso, ni siquiera podría suceder, porque en el presente procedimiento administrativo no se analizan actividades, ni siquiera se juzgan conductas ni

se acreditaron formas de participación en la actividad económica ni utilidad cualquiera. De manera tal que la naturaleza de este procedimiento de declaratoria de poder sustancial resulta necesariamente contraria y excluyente del concepto de grupo de interés económico como un solo agente económico como se permite en la ley y en la jurisprudencia, pues en el expediente DC-07-2007 no existen ni se acreditaron conductas o ´formas de actuar´ que autoricen consecuencia tan excepcional.

Además, es absolutamente falso que en el Anexo 2-1 del Dictamen Preliminar o en el de la resolución que se combate la Cofeco 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 coordinada o actividad de cualesquiera de los sujetos en ellos aludidos que se hubiera siquiera mencionado, menos aún examinado, ya no se diga demostrado. Dicen que hay conductas de Telmex como demandante del servicio relevante, pero no acreditaron previa o fehacientemente ninguna coordinada con Telcel.

Así, la Comisión no acreditó, previa o fehacientemente, conducta coordinada, acto, utilidad o participación conjunta alguna de las personas que se mencionan en el Anexo 2-1 en los servicios, mercado y situaciones materia del procedimiento DC-07-2007, por lo que de ninguna manera podría considerarse ni justificarse que exista un grupo económico para los efectos que pretende la Cofeco.

No hay ni puede haber, ni se acredita tal grupo económico para efectos de considerar a sus componentes como un solo agente económico, por lo que las determinaciones que así lo indican son ilegales y las conclusiones a que se llegó en ese sentido en la resolución que se combate y en el Dictamen Preliminar son improcedentes e ilegales, pues exceden el supuesto del artículo 3 de la LFCE.

Como se ha dicho, al interpretar los alcances de la última parte de ese artículo 3, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que para que pueda considerarse que existe un grupo de interés económico cuyos componentes puedan ser considerados como un solo agente económico sería necesario que cada uno de esos componentes observara o tuviera una conducta, utilidad o participación conjunta y coordinada en lo que es objeto del procedimiento concreto y que, además, ello se acredite previa y fehacientemente, lo que no sucede en la especie.

Esto es, no existe grupo de interés económico alguno para esos efectos y, por ello, no puede preterirse la individualidad de mi mandante y demás personas que se mencionan en el Anexo 2-1. No debe soslayarse que la individualidad es, en principio, principio fundante de nuestro sistema de derecho, reconocido desde la primera frase del texto constitucional, por lo que como regla general no puede ser ignorada, omitida o preterida, salvo por causas excepcionales que lo justificaren por valores que se demuestren son superiores, causas excepcionales que no se actualizan ni acreditan en el Dictamen Preliminar ni en la resolución de 27 de octubre de 2011, es más ni siquiera son alegados por la Cofeco.

De manera tal que para que una persona excepcionalmente se le pueda considerar como componente de un grupo económico que se trate como un solo agente económico en términos de la última parte del artículo 3° de la Ley Federal de Competencia Económica,

inclusive por cuanto a los elementos a que alude el 13 de la LFCE se refiera, no basta que se tenga conocimiento de una situación mercantil (como la pertenencia o tenencia de acciones), sino que es menester que se acredite previa y fehacientemente que ha llevado a cabo conducta o participación coordinada concreta y determinada de manera colectiva respecto de la causa del procedimiento, lo que no ocurrió en este caso.

Es improcedente el simple hecho de ampliar excesivamente el concepto de grupo económico considerado como un solo agente económico que se hace patente en la resolución de 27 de octubre de 2011 y en el Dictamen Preliminar lo que constituye un ilegal intento de limitar a través de la imposición de obligaciones específicas, las actividades comerciales de mi representada y/o de las personas aludidas en el Anexo 2-1, así como de imputarles consecuencias regulatorias o negativas por información que no acredita conducta, utilidad o actuar coordinado y conjunto alguno que lo justifique.

Por todo lo anterior, la resolución que se impugna y sus anexos 2 y 2-1 son ilegales y exceden el artículo 3 de la LFCE, por lo que deben quedar insubsistentes, pues además causan agravio a mi mandante, no sólo por preterir su individualidad y considerarle parte de un grupo de interés económico (lo que per se es violatorio de sus derechos procesales y sustantivos), sino porque la supuesta existencia e integración del grupo sí se usó para declararle como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante en términos de la Resolución Definitiva.

Cabe destacar que mi mandante hizo valer el respectivo argumento de defensa al verter manifestaciones respecto del Dictamen Preliminar emitido en el expediente y la Cofeco reiteró su actitud denegatoria de justicia y pretendió que Telcel omita expresar los razonamientos lógico-jurídicos tendientes a desvirtuar tal consideración y que Telcel no precisa ni acredita, la forma en que se le ha afectado por haber sido incluida en un determinado grupo de interés económico, lo que es incongruente con las constancias de autos, impreciso con el escrito respectivo y carente de todo sustento, todo lo cual confirma la ilegalidad de la resolución que se combate.

II. Con independencia de lo anterior, la Resolución Definitiva es ilegal, en tanto que parte de una determinación absolutamente improcedente e ilegal de un supuesto grupo de interés económico respecto del cual se carece de todo elemento y se ha violado y excedido lo dispuesto en la Ley de Competencia.

Otra vez, la Cofeco reiteró su actitud denegatoria de justicia a este respecto y señala en la página 97/423 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, impreciso con el escrito respectivo y carente de todo sustento, por lo que reitera la ilegalidad de la resolución que se combate.

Simplemente destaco a este respecto que la Cofeco confiesa la violación que ha llevado a cabo respecto del artículo 3° de la LFCE y a los criterios invocados, al afirmar lo siguiente:

Por tanto, dada la ya analizada diferencia respecto de los procedimientos aplicables a las prácticas monopólicas y a las declaraciones 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 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 considere fundado el presente agravio y se deje insubsistente la resolución impugnada y demás actos del procedimiento DC-07-2007, ante el reconocimiento de la falta de motivación de las determinaciones de la Cofeco y la falta de demostración de la actuación de los supuestos integrantes del grupo de interés Telcel/Telmex a que se refiere la resolución de 27 de octubre de 2011 y su anexo 2-1.

Lo cierto es que, además de la objeción al mero concepto de grupo de interés económico que expone la Cofeco en la resolución impugnada, el hecho es que en la resolución y en su Anexo 2-1 se hizo una determinación absolutamente improcedente e ilegal de un supuesto grupo de interés económico que se ha denominado Grupo de interés económico Telcel/Telmex, respecto del cual se carece de todo elemento probatorio y se ha violado y excedido lo dispuesto en la Ley de Competencia.

En efecto, además de las consideraciones vertidas en el apartado que antecede, lo cierto es que no existe una sola prueba, un nexo causal, una conducta o actividad conjunta y coordinada previa y fehacientemente demostrada, 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 Ley de Competencia, del que forme o pudiera llegar a formar parte Telcel. Tampoco se explica que exista conveniencia o necesidad de actuación colectiva por componente alguno del supuesto grupo.

Es más, ni siquiera se alude a una conducta colectiva o coordinada en la que hubieren participado todos los componentes del supuesto grupo, ni se menciona en la resolución prueba alguna que intentare demostrarla, por lo que tal concepto de grupo de interés económico carece de sustento y justificación, por lo que resulta improcedente.

Tan es así, que al emitir la resolución que se impugna la Cofeco intentó variar el texto de su determinación respecto de lo dicho en el Dictamen Preliminar, al decir que las personas aludidas en el supuesto grupo “son quienes dirigen y deciden sobre los negocios de dichas empresas” (como si con ello, una mera afirmación y suposición, pudiese superar el estándar estricto aplicable en la materia o como si ello calificara como una conducta o actividad previa y fehacientemente demostrada), pero además de no indicar la conducta coordinada, ni circunstancia ninguna de su realización, no existe ni obra en el expediente prueba alguna que la demostrare.

Lo único que se expone someramente en el Dictamen Preliminar y su Anexo 2-1, así como en la Resolución Definitiva que se combate y en su anexo 2-1 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.

El caso es que no existe ni se demuestra la existencia del llamado grupo Telcel/Telmex para efectos de este expediente, por lo que la resolución de 27 de octubre de 2011 y sus anexos son ilegales e improcedentes.

Ahora bien, si no se demostró la existencia de tal grupo, ni se reúnen los requisitos que la Suprema Corte ha juzgado indispensables para que se considere que existe un grupo de interés económico para efectos de la última parte del primer párrafo del artículo 3 de la Ley de Competencia, entonces al tenor de lo afirmado por esa Comisión no es posible el análisis de competencia que hizo, por lo que el procedimiento DC-07-2007 es improcedente.

Por todo lo anterior, la resolución que se impugna y sus anexos 2 y 2-1 son ilegales y exceden el artículo 3 de la LFCE, por lo que deben quedar insubsistentes, pues además causan agravio a mi mandante, no sólo por preterir su individualidad y considerarle parte de un grupo de interés económico sin que hubiera prueba alguna que sustentare esa definición (lo que per se es violatorio de sus derechos procesales y sustantivos), sino porque la supuesta existencia e integración del grupo sí se usó para declararle como agente económico con poder sustancial en el mercado relevante.

Se insiste, contrariamente a lo que afirma la Cofeco en las páginas 98 y 99/423 de la Resolución Definitiva, no es suficiente con que se describan situaciones relativas a la tenencia de acciones o a la dirección de una o más empresas para satisfacer el exigente estándar aplicable al concepto de grupo de interés económico al que se refiere. No es lícito basar esa consideración en meras hipótesis, posibilidades y adivinanzas, sino que la Cofeco tenía que demostrar previa y fehacientemente conductas, utilidades o actividades coordinadas hacia un fin común, lo que simple y sencillamente no sucede en el caso.

El hecho de que pueda existir una dirección por parte de personas físicas no es suficiente para estos efectos, sino que ese requisito debe unirse a la demostración de la conducta o actividad coordinada, lo que no ha sido satisfecho (...)"

Medularmente, a lo largo del presente agravio de manera reiterada, Telcel señala que en términos de ciertos criterios adoptados por el PJJ, la CFC debía realizar un análisis exhaustivo, considerando diversos elementos para poder acreditar la hipótesis normativa contenida en el último párrafo del artículo 3, de la LFCE.

Al respecto, las manifestaciones de Telcel resultan infundadas en virtud de que simplemente, para el presente procedimiento no resulta aplicable el último párrafo del artículo 3 de la LFCE. Ello en razón de que dicho párrafo hace referencia expresa a la realización e identificación de responsables de conductas prohibidas por esta ley, cuya investigación y resolución corresponde a otros procedimientos, distintos e independientes del que es materia del Expediente. En efecto, mientras que un procedimiento de declaratoria de poder sustancial únicamente tiene por objeto identificar si existe dicho poder en un mercado relevante, sin imputar la realización de conductas contrarias a la LFCE, ni establecer sanción alguna por ello, en aquellos en los que se investigan infracciones a la LFCE, es necesario identificar tanto a la persona que ideó y concibió la conducta, como a aquellas empresas que decidieron llevarla a cabo.

En consecuencia, no cabe presumir que para los efectos del presente procedimiento se requiere probar conductas concretas imputables a dos personas para considerarlas como parte de un grupo de interés económico, sino los hechos y situaciones que les permiten tomar decisiones que son beneficiosas para ambas personas en su conjunto.

De lo anterior, resulta evidente la indebida aplicación que pretende Telcel del último párrafo del artículo 3 de la LFCE, ya que la finalidad del presente procedimiento no radica en analizar actividades, ni siquiera se juzgan conductas y por tanto, tampoco se pretenden determinar responsables solidarios involucrados en conductas prohibidas por la LFCE, ya que el presente procedimiento no versa sobre las prácticas monopólicas a que se refieren los artículos 9 y 10 de la LFCE.

La determinación relativa a que diversos agentes económicos formen parte de un mismo grupo de interés económico y que, por ende, deban ser considerados en algunos casos como un solo agente económico, deviene directamente de la definición de agente económico que al efecto se encuentra establecida en el artículo 3 de la LFCE. Además, es pertinente señalar diversos criterios contenidos en tesis y/o jurisprudencias del PJJ, mismos que se relacionan con la determinación del grupo de interés económico, y cuyos rubros son del tenor literal 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”.

Debe señalarse que Telcel alude parcialmente a los razonamientos del PJJ en torno al tema de grupo de interés económico y omite observar el contexto de aplicación de los mismos; esto es, pretende que sean aplicados los razonamientos previstos para prácticas monopólicas, a un caso como el presente, en el que se analiza exclusivamente una situación de existencia de condiciones de poder sustancial por parte de un agente económico en el mercado relevante, más no el análisis del comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman ese grupo para la realización de una práctica monopólica. Por lo tanto, el manifestante pierde de vista la congruencia que existe entre las consideraciones hechas en el DP y los criterios relacionados con el tema.

Es de señalarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la LFCE son sujetos de esta ley “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 (...) o cualquier otra forma de participación en la actividad económica” En los precedentes mencionados se afirma que el concepto de agente económico previsto en el artículo 3 de la LFCE, no debe interpretarse

aisladamente; es decir, tomando sólo en consideración su texto legal, sino el sistema jurídico al que pertenece, relativo al ámbito de competencia económica, para así adquirir sentido y precisión en cuanto a su contenido a través de una interpretación sistemática y global. De esta forma, en los precedentes mencionados se asevera que para determinar “qué o quiénes son ‘agentes económicos’ (se debe partir) de que la LFCE es reglamentaria del artículo 28 constitucional, entre otras cosas, en materia económica, monopolios y libre concurrencia (y que) de igual forma, debe considerarse que el artículo 2° de la referida ley señala que la misma tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”.

Entre las disposiciones establecidas en la LFCE que instrumentan el objeto señalado en su artículo 2°, en congruencia con el penúltimo párrafo del artículo 28 constitucional¹³⁸ y la regulación sectorial,¹³⁹ se encuentran las correspondientes a la facultad de 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.¹⁴⁰

Por tanto, la interpretación del concepto de agente económico mencionado 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 la Comisión debió 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.

Es importante resaltar que, contrario a lo que manifiesta Telcel, esta interpretación no se opone en modo alguno a lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 169/2007. Es pertinente transcribir la parte conducente de la ejecutoria citada que incluso fue también transcrita por Telcel.

En ese sentido, puede ocurrir que aun cuando existiera una relación económica entre diversas entidades comerciales componedoras de un grupo económico determinado, ello no implica que forzosamente todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades realizadas por el grupo. En otras palabras, es posible que algunos componentes de un grupo económico determinado, en razón de sus funciones, no tengan injerencia o ni siquiera conocimiento de algunas políticas o actividades desarrolladas por el resto de los componentes de dicho grupo, o bien que dos o más componentes realicen acciones u omisiones conjuntas lícitas o ilícitas que no involucren en nada al resto del mismo.

De lo transcrito es factible concluir que la existencia de un GIE no necesariamente se acredita mediante un análisis de su actividad o sus actos. En otros términos, la existencia de un GIE puede anteceder a la comisión de sus operaciones, esto es, un acto lícito o ilícito. Esto significa

¹³⁸ El penúltimo párrafo del artículo 28 constitucional en cuanto a que “El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general concesionar la prestación de los servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación (...) Las leyes fijaran las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia en la prestación de servicios y la utilización social de los bienes y evitaren fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”

¹³⁹ Por ejemplo el artículo 63 de la LFT establece la posibilidad de aplicar regulación específica al concesionario que tenga poder sustancial en el mercado relevante en términos de la LFCE.

¹⁴⁰ Artículo 24, fracción V de la LFCE.

que la existencia de un GIE es independiente y sólo para efectos de imponer una sanción, necesariamente debe acreditarse un acto ilícito y debe identificarse al sujeto que responsable de la misma. Así, de acuerdo con el criterio transcrito, sólo es posible sancionar a los integrantes del GIE que cometieron el ilícito y no al GIE en su totalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando se han expuesto los razonamientos en virtud de los cuales se ha señalado la inaplicabilidad de la última parte del artículo 3, de la LFCE, la Comisión acreditó en la Resolución Recurrída la participación conjunta y coordinada de Telcel y Telmex para la prestación del Servicio Relevante.

Al respecto, es importante señalar que el análisis sobre la existencia de un GIE respecto a Telcel, obedece a la necesidad de conocer las características, intereses e incentivos de un determinado agente, por ejemplo, un agente que pertenece a un GIE, difícilmente tomaría sus decisiones sin considerar el impacto de éstas en el resto de los miembros del GIE.

En el caso concreto, el análisis de GIE se presentó en dos momentos, el primero al abordar el estudio de las características de los agentes económicos involucrados.¹⁴¹ Análisis que se realizó respecto los agentes declarados dominantes en la Resolución Recurrída.

Más adelante, al estudiar los incentivos e intereses de cada uno de los agentes declarados dominantes,¹⁴² se observa que Telcel tenía incentivos particulares que ninguno otro de los agentes declarados en la Resolución Recurrída tiene: **(i) la posibilidad del GIE** al que pertenece Telcel, para afectar el acceso a los servicios relevantes provistos por el resto de los concesionarios del SLM; y **(ii) las posibles ventajas de Telcel** para obtener el servicio de tránsito local brindado por Telmex (filial del mismo GIE al que pertenece Telcel).

De lo anterior se desprenden los siguientes extremos:

- i) El análisis de GIE atendió a la necesidad de conocer las características de Telcel para conocer la forma en que presta el servicio relevante,
- ii) La Comisión determinó dominante, respecto los servicios relevantes, sólo a Telcel y no al GIE que conforman Telcel y Telmex,
- iii) Al analizar la capacidad de fijación de precio y restricción de abasto, se concluyó que Telcel puede tener acceso privilegiado al servicio de tránsito, y

¹⁴¹ "4.4 El análisis de competencia requiere de la identificación de los grupos de interés económico a los que, en su caso, pertenezcan TELCEL, las CONCESIONARIAS A, PEGASO PCS y las CONCESIONARIAS B. El Pleno de la COMISIÓN ha manifestado en diversas ocasiones que las empresas que integran un grupo de interés económico deben ser consideradas como un mismo agente económico." Página 31 de la Resolución Recurrída.

¹⁴² "7.8 La interconexión directa con las redes de TELMEX, así como los servicios de tránsito local que presta esta empresa, son esenciales para la interoperabilidad de las redes de servicios locales y de larga distancia de los demás concesionarios, y constituyen un insumo necesario para la interconexión indirecta entre las redes de los CONCESIONARIOS SLM, así como entre éstas y las redes de los CONCESIONARIOS SLD y SLF competidores de TELMEX. Con algunas excepciones, generalmente no existen sustitutos eficientes para dichos servicios, dada las economías de escala en las redes de TELMEX (derivadas de su propio tráfico y del de las redes interconectadas) y su interconexión directa con las redes de todos los concesionarios y operadores de servicios locales y de larga distancia.

"En virtud de lo anterior, la interconexión directa con TELMEX y los servicios de tránsito local que ofrece esta empresa son actualmente indispensables para la prestación de los SERVICIOS RELEVANTES, así como para acceder a los mismos en calidad de CONCESIONARIO SL y/o SLD. En este sentido, el grupo de interés económico del que forman parte TELMEX y TELCEL cuenta con capacidad para restringir la oferta del SERVICIO RELEVANTE que ofrece TELCEL y afectar la prestación y el acceso a los SERVICIOS RELEVANTES de los demás CONCESIONARIOS SLM. Además, el hecho de pertenecer al mismo grupo de interés económico, podría significar que TELCEL cuente con ventajas para obtener los servicios de tránsito local proporcionados por TELMEX." Página 408 de la Resolución Recurrída.

iv) El GIE de Telcel y Telmex puede afectar el acceso al servicio del resto de los concesionarios del SLM, esto a través del servicio de tránsito que presta Telmex.

Por lo anterior se concluye que el análisis de GIE sí fue oportuno y acorde con los extremos previstos en los artículos 3 y 13, fracción I, de la LFCE. El primero de dichos dispositivos en cuanto la forma de participación en el mercado, concluyendo que la participación en el mercado relevante por parte de Telcel era en forma individual, sin que en ese contexto importara la existencia del GIE. En cuanto al segundo de los dispositivos, la posibilidad que tiene el GIE de Telcel y Telmex para afectar el acceso al servicio relevante de otros concesionarios del SLM (por ejemplo, la terminación de llamadas en la red de hoy AT&T o de Telefónica) constituye una posibilidad de restringir el abasto. Cabe advertir que aunado al análisis efectuado respecto a la participación conjunta y coordinada que el GIE de Telcel y Telmex, efectivamente también la Comisión llevó el multicitado análisis referido por Telcel como "(...) situación mercantil (como la pertenencia o tenencia de acciones) (...)", cuestión que sin duda influye en el alcance de las decisiones que el GIE pueda tomar atendiendo a los intereses económicos y estrategias comerciales de sus empresas, mismas que aprovechando el poder sustancial que tengan, pueden ser ventajosas frente al resto de sus competidores.

Ahora bien, respecto a la indebida determinación del GIE, Telcel continúa señalando lo siguiente:

"(...) Finalmente, si bien es cierto que se ofrecieron y obran como pruebas ciertas constancias de resoluciones y expedientes previos de la Cofeco a que se alude en la página 100/423 de la Resolución Definitiva, tales consideraciones lejos de sustentar la resolución que se combate, la contradicen, ya que no se trata de procedimientos sobre la misma materia que el presente, no se refieren a Telcel y, además, no se emiten en procedimientos de declaratoria de poder sustancial. En todo caso, lo que es evidente es que si se pretendían usar como base del Dictamen Preliminar, entonces tenían que obrar en autos desde entonces con audiencia de las partes, como lo impone el criterio que la propia Cofeco cita en el anexo 2-1 de la resolución que se combate, lo que no sucedió y demuestra la ilegalidad de su actuar (...)"

Las manifestaciones de Telcel resultan infundadas, toda vez que la identificación del GIE realizada en el Expediente no se basó en las resoluciones referidas en la página 100 de la Resolución Recurrída. Tal y como es señalado en la propia resolución aludida, los expedientes a que hizo referencia la Comisión derivaron de la prueba de inspección que sobre ellos ofreció Telcel, con el fin de que obrara en autos el criterio sustentando por la Comisión para estimar que las empresas que integran un GIE deben ser consideradas como un mismo agente económico.

Como se observa, la Comisión señaló que los asuntos tramitados bajo los expedientes señalados correspondían a distintos procedimientos contemplados en la LFCE, a saber: i) los correspondientes a concentraciones notificables en términos de los artículos 16 y 20 de este ordenamiento (CNT-96-97, CNT-110-96, CNT-147-98, y CNT-60-99); ii) las opiniones sobre participaciones en licitaciones públicas (CNT-LI-25-04-98); iii) la declaratoria de condiciones de competencia efectiva en mercados de distribución de gas licuado de petróleo (DC-02-2001), y iv) las investigaciones sobre prácticas monopólicas relativas (DE-06-2000, DE-25-2004, y DE-21-2003).

Al respecto, la Comisión en ningún momento indicó que los criterios utilizados en aquellos expedientes sirvieran de base para la identificación del grupo de interés económico que nos ocupa. Por el contrario, lo que la Comisión al valorar la prueba ofrecida por Telcel concluyó, fue que los criterios utilizados en los expedientes mencionados resultaron compatibles o coincidentes con los utilizados para la determinación de los grupos de interés económico en el Expediente, y que mediante auto de dieciocho de septiembre de dos mil ocho, se ordenó agregar a éste copia certificada de las resoluciones dictadas en los expedientes mencionados, pero en ningún momento lo que señala Telcel.

Por otra parte, Telcel señala lo siguiente:

“(…) III. Además, la Resolución Definitiva y su Anexo 2-1 son ilegales y carecen de sustento por cuanto a la definición del grupo de interés económico en que se pretende incluir a Telcel.

A diferencia del Dictamen Preliminar, en el que se basó la supuesta integración de Telcel al grupo aludido en que mi representada es subsidiaria de la diversa persona moral denominada América Móvil, S.A.B. de C.V., en la Resolución Definitiva (página 98/423, cita al pie 201) y en el anexo 2-1 se pretende que Telcel integra tal grupo por un pretendido ‘hecho notorio’. Tal determinación es ilegal.

Como se ha dicho, ello transgrede la ley porque implica la variación de cuestiones que fueron materia de la Litis, lo que per se acredita la ilegalidad del actuar de esa Comisión.

Adicionalmente, lo ahí sostenido es ilegal porque si la empresa titular de las acciones de Telcel no está ni puede estar mencionada, aludida o incluida en el procedimiento que nos ocupa (como lo sostiene la propia Cofeco) y por ello no es parte del grupo de interés económico Telcel/Telmex, entonces Telcel tampoco podría ser incluida en tal grupo.

En efecto, la Cofeco pretende que la definición e integración de ese grupo se base en la tenencia accionaria y en la dirección económica unitaria, en el control de iure que se ejerza sobre los componentes del grupo.

Suponiendo que ello fuese suficiente, en el caso tanto la tenencia accionaria, como la dirección económica y el control sobre Telcel recaen en América Móvil, S.A.B. de C.V. (como lo dijo y tuvo por demostrado la Cofeco en el Dictamen Preliminar). Luego entonces, si América Móvil, S.A.B. de C.V. no es ni puede ser parte del grupo de interés económico aludido, tampoco lo puede ser Telcel.

Por lo anterior, es evidente que en congruencia con la exclusión del grupo de interés económico que ha llevado a cabo la Cofeco respecto de la persona moral que detenta las acciones de Telcel y que ejercería el control a que alude sobre ella, entonces mi representada no puede ser parte de ese grupo ni satisface la cadena o nexo que pretende la Cofeco para definir el grupo.

Así las cosas, la Resolución Definitiva y su anexo en que se pretende paladinamente lo contrario son ilegales.

No pasa desapercibido que en su intento por dar la vuelta a tan evidente situación jurídica creada, la Cofeco pretende que la inclusión de Telcel al llamado grupo de interés

económico sea un 'hecho notorio' que supuestamente fue ya definido en otros procedimientos.

Desde luego, ello implicaría que realmente no se ha excluido a América Móvil, S.A.B. de C.V., a quien se refieren tales resoluciones. La incongruencia es, pues, manifiesta. En fin.

Pero, en lo que atañe a Telcel, tal consideración basada en lo resuelto en los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007 es ilegal, por lo siguiente:

En primer término, al hacer referencia a otros casos relativos a otros mercados relevante y otros procedimientos, la Cofeco demuestra que su definición del supuesto grupo de interés económico en la especie dista de ser una definición apegada al caso concreto, definida para este expediente y resultante de los elementos que obran en él. Todo ello es, per se, ilegal e inadecuado, como es impreciso e incongruente con las constancias del expediente DC-07-2007.

En segundo término, las resoluciones y anexos que se hubiesen dictado en esos expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007, posteriores por cierto al Dictamen Preliminar emitido en el presente, no pueden producir los efectos que la Cofeco ha pretendido respecto de Telcel.

A este respecto, resulta ilegal y carente de la debida motivación el hecho de que ni siquiera se mencione en la Resolución Definitiva ni en el Anexo 2-1 la fecha de las resoluciones a que alude esta autoridad.

Asimismo, es imposible jurídicamente que se pretenda dar efectos a esas resoluciones en autos, pues ni siquiera cumplen el requisito formal que para ser consideradas como hecho notorio exige el criterio que la propia Cofeco cita en el anexo 2-1. Esas resoluciones no obran, ni han obrado, ni se dice que obran en el expediente constancias sobre tales resoluciones, por lo que no cabe duda considerarlas en él o, cuando menos, la determinación de hacerlo no tiene una debida y exacta fundamentación. Lo que dice ese criterio es que no se tendrán que certificar tales constancias, pero que tendrían que estar a la vista en el expediente, obrar en él, lo que no sucede en el caso.

Ahora bien, Telcel no es ni fue el agente económico declarado dominante en esos procedimientos DC-02-207 (sic) y DC-04-2007, la Cofeco incluso ha dicho y hecho valer que Telcel no sufre afectación por ellas, por lo que no es posible ahora pretender utilizarlas en su perjuicio para supuestamente demostrar que mi representada es parte integrante de un grupo de interés económico en el expediente DC-07-2007. De hacerlo, se configuraría una nueva indefensión.

Igualmente, es incongruente y falso que al 27 de octubre de 2011 tales resoluciones estuvieren firmes respecto de Telcel. Para ello, hago valer el hecho conocido por esa autoridad de los juicios de garantías planteados por Telcel en relación con actuaciones relativas a los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007, que en esa fecha e incluso el presente están pendientes de recibir resolución definitiva que se conozca y hubiera sido publicada. En todo caso, al momento de emisión de la Resolución Definitiva los juicios de amparo planteados por Telcel habrían sido sobreseídos, pendientes de causar estado tal sobreseimiento, por lo que no es posible pretender usarlas o darles ejecución en perjuicio o afectación de Telcel.

Como sea, las resoluciones aludidas no son ejecutorias ni pueden usarse como si lo fueran o tener efectos de ‘cosa juzgada’ en el caso en concreto, menos aún sobre el punto específico de la definición de un grupo de interés económico que, como se ha dicho, requiere siempre de un análisis concreto, preciso y demostrado en cada expediente, lo que no sucede en la especie.

Finalmente, se insiste, las resoluciones dictadas en los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007 adolecen de los mismos vicios de legalidad que el Dictamen Preliminar de este expediente, por lo que les son aplicables todas las objeciones hechas valer por mi mandante al respecto, que pido se tengan por reproducidas. Como sea, lo que en ellas se dice en todo caso, es que Telcel sería parte de esos grupos en virtud de América Móvil, S.A.B. de C.V., lo que resulta de imposible definición en este expediente, según dice la propia Cofeco.

De tal suerte que la inclusión concreta de Telcel en el grupo de interés económico a que se refieren la Resolución Definitiva y el anexo 2-I resulta carente de sustento específico, contraria a las constancias de autos, excesiva, inmotivada e ilegal, por lo que causa el respectivo agravio, y debe quedar insubsistente (...).”

Al respecto y previo a dar respuesta al argumento de Telcel, atendiendo a lo ordenado en la ejecutoria pronunciada en el amparo en revisión 458/2009¹⁴³ por el Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, notificada a la CFC el veintiséis de septiembre de dos mil once, esta autoridad únicamente hará referencia a América Móvil, S.A.B. de C.V. con la finalidad de dar contestación al agravio que nos ocupa, haciéndose alusión a dicho agente económico como el agente económico favorecido por el amparo.

En ese sentido, las manifestaciones de Telcel resultan infundadas, ello en razón de que la exclusión del agente económico favorecido por el amparo del GIE que nos ocupa, derivó de que en términos del acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil once, emitido dentro del Expediente, el DP quedó sin efectos para dicho agente económico, con motivo del cumplimiento de la ejecutoria pronunciada en el amparo en revisión 458/2009, a través de la cual se concedió la protección constitucional a dicha empresa.

En tal sentido, la exclusión del agente económico favorecido por el amparo del grupo de interés económico que nos ocupa, no derivó propiamente de su condición respecto de las demás empresas del grupo como pretende hacerlo valer Telcel. Asimismo, la ejecutoria a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, no ordenó la exclusión de Telcel del mismo, ello en virtud de que se trata de una sociedad mercantil distinta y cuya condición en el Expediente no debía ser modificada. Al respecto, pretender excluir a Telcel del grupo de interés económico y de su participación dentro del mismo, hubiese implicado forzosamente un exceso en el cumplimiento de la ejecutoria referida.

Ahora bien, por lo que hace a la referencia hecha por la Comisión respecto de los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007 a efecto de sustentar la pertenencia de Telcel al grupo de interés económico conformado también por Telmex y Telnor, es de señalarse que, contrario

143 En cumplimiento a la ejecutoria emitida en el amparo en revisión 458/2009, el Pleno de la CFC mediante acuerdo de veintisiete de octubre de dos mil once, atendiendo al principio de relatividad de las sentencias de amparo, dejó insubsistentes y sin efectos, todas aquellas referencias hechas a América Móvil S.A. B. de C.V., en el DP; decretando el cierre exclusivamente para este agente económico.

a lo manifestado por Telcel, dichos expedientes sí constituían un hecho notorio para la Comisión, ello por tratarse de actuaciones que se encontraban en archivos de la misma autoridad.¹⁴⁴

Aunado a lo anterior, es de advertirse lo falaz del argumento de Telcel al señalar, que las resoluciones recaídas a los expedientes mencionados no se encontraban firmes. Con la finalidad de evidenciar lo contrario, esta autoridad señaló en la propia Resolución Recurrída que tales resoluciones ya habían quedado firmes, ello con motivo de las sentencias dictadas en los amparos en revisión 374/2010 y 445/2010 del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, respectivamente.

Independientemente de lo anterior, el análisis realizado a efecto de identificar la existencia del GIE que nos ocupa, se encuentra en la propia Resolución Recurrída y en el Anexo 2-1 de la misma, corroborando su pertinencia el análisis realizado en aquellos expedientes, mas no sustituyéndolo.

Cabe recordar que conforme al análisis efectuado de las constancias que obran en el Expediente y los demás hechos notorios que en su momento la CFC tuvo a la vista, tanto en la Resolución Recurrída como en el Anexo 2-1 de la misma, se concluyó **“CONFIDENCIAL POR LEY”** ejercía indirectamente el control de Telcel, Telmex y Telnor; estas dos últimas a través de Carso Global Telecom, S.A.B. de C.V. (véase Anexo 2-1).

Conforme a lo hasta aquí argumentado, ha quedado **exhaustivamente** fundada y motivada, la necesidad de determinar un grupo de interés económico, como uno de los elementos a considerar para el análisis de poder sustancial, así como el debido estudio del grupo de interés económico al que pertenece Telcel.

Por último, Telcel manifestó lo siguiente:

“(…) IV. Por otra parte, como se ha demostrado, en forma incongruente e imprecisa al final del anexo 2 de la Resolución Definitiva se hace mención y cita de un proceso de licitación, lo que demuestra la falta de exactitud, fundamentación y motivación concreta aplicable y adecuada de lo ahí resuelto.

Se trata de un error garrafal, sí, pero uno que no es inocuo sino que demuestra cuestiones materiales: para hacer el análisis y definición de grupo de interés económico se requiere un elemento que lo justifique en el caso concreto (en el ahí invocado, las bases de licitación).

En este caso, sin embargo, no existe tal elemento y por ello es evidente que el análisis de grupo es improcedente en la especie, tal y como lo hizo valer mi mandante oportunamente.

La Resolución Definitiva causa agravio a Telcel en este aspecto y lo coloca en indefensión, pues no sólo es improcedente e incorrecta la definición del grupo de interés económico que ahí se confirma, sino que además el tema de grupo de interés en este expediente se usa para intentar justificar la definición del supuesto mercado relevante, del servicio

¹⁴⁴ Al respecto, resulta aplicable por analogía el criterio judicial cuyo rubro indica: **“HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LAS EJECUTORIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES DE CIRCUITO O LOS JUECES DE DISTRITO”**. 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.

relevante y del pretendido poder sustancial, por la hipotética y no demostrada relación que se dice tendrían Telcel y otra persona moral (Telmex) por ser parte de ese grupo de interés. Ergo, al existir tal grupo para efectos del expediente ni ser procedente la definición hecha al respecto, tampoco podía llegarse a las conclusiones que ahí se invocan y, según lo dice la Cofeco, no puede sustentarse la determinación de poder sustancial (páginas 90 y 91/423).

Por todo lo antes dicho y demostrado, es evidente que la Resolución Definitiva y sus Anexos 2 y 2-I son ilegales y deben quedar insubsistentes (...)"

Respecto de las manifestaciones anteriores, a efecto de evitar repeticiones innecesarias, se remite a lo señalado en el apartado denominado "3.12.4.2. Anexo 2" de la presente resolución, mismo en el que se atenderán las manifestaciones que Telcel realizó en el sentido pretendido.

3.7.4.4.2. Modifica Litis

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Resulta ilegal que la Comisión alterara la litis fijada al emitir el DP. Se cambia la composición del GIE, como si no tuviese relevancia, por lo que se debe cerrar el expediente, pues la Comisión mejoró las carencias del DP, lo que resulta indebido, porque los agentes formularon manifestaciones sobre ese dictamen y no sobre un acto distinto, por lo que se les coloca en indefensión.

Al respecto, sirva la respuesta brindada en el apartado 3.7.4.2 de esta resolución.

3.7.4.4.3. Integración GIE

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Para la Comisión, un GIE se integra cuando dos o más personas morales son propiedad de los mismos dueños, lo cual es inadecuado y contrario al artículo 3° de la LFCE, pues la pertenencia o tenencia accionaria no es argumento suficiente.

No se define el GIE como una forma de participación en la actividad económica, sino a partir de la mera tenencia accionaria para justificar la determinación de poder sustancial en el servicio relevante que ya había decidido a priori. Siendo éste un procedimiento de declaratoria, no se debería sancionar conductas, sino sólo emitir un dictamen sobre una situación del mercado. En términos normativos, para hablar de un "GIE", es necesario que se analicen conductas concretas imputables a un conjunto de personas físicas o morales y no basta con meras situaciones mercantiles.

El agravio es que si no se incluye a Telcel en el GIE o se omite la definición de un GIE, no podría ser declarado como agente dominante.

En la Resolución Recurrída se dice que "Telcel no señala ni mucho menos justifica de qué forma el haberlo considerado en un determinado GIE pudo haberla afectado". Es claro que se demostró la afectación porque fue por esa definición de GIE que se declaró a Telcel como agente dominante.

La Comisión invocó (página 93 de la Resolución Recurrída) criterios provenientes del Poder Judicial de la Federación, donde se alude a la formación de GIE's en los procedimientos sancionatorios. 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.

En cuanto a que la mera tenencia accionaria no demuestra que exista un GIE, ya que no existe una conducta, el argumento es **infundado**. La teoría del velo corporativo tiene como finalidad conocer, no sólo la existencia de comportamientos coordinados, sino también los intereses e incentivos;¹⁴⁵ máxime cuando nos encontramos frente a un procedimiento que sólo tiene por objetivo establecer la situación de un mercado relevante en específico, en donde no requiere la existencia de una conducta. También deben considerarse las precisiones que se hacen en el apartado 3.7.4.4.4 de esta resolución, donde se analiza con mayor detalle el argumento de Telcel sobre la necesidad de que exista una conducta coordinada.

3.7.4.4.4. Criterios de la Corte: Trascendencia y Conducta coordinada

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Comisión desestimó los argumentos de Telcel que considera se basan en procedimientos de prácticas monopólicas, pero sustenta la Resolución Recurrída en criterios que se refieren a ese tipo de procedimientos. La interpretación de la Comisión no cumplió con los parámetros que deben considerarse para interpretar el artículo 3° de la LFCE.¹⁴⁶ ya que

¹⁴⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: “GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. En materia de competencia económica se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Así, aunado a los elementos de interés -comercial y financiero- y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. En esa tesitura, el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad -poder latente- es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica, entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación. Por lo tanto, para considerar que existe un grupo económico y que puede 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, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante.” Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1244. I.4o.A. J/66.

¹⁴⁶ 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 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.

omitió considerar las actividades trascendentes 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 94 de la Resolución Recurrída) demuestra que la conducta de cada sujeto es siempre necesaria al hablar de grupos de interés económico.

La Comisión atendió 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.

Eso no sucedió en este caso, ni podría suceder, porque el presente procedimiento no analizó actividades, ni acreditó formas de participación en la actividad económica, pues la naturaleza de este procedimiento resulta excluyente del concepto de GIE, pues no se acreditaron conductas o "formas de actuar".

Es falso que en el Anexo 2-1 del DP o en el de la Resolución Recurrída, la Comisión hubiera examinado las operaciones de los agentes económicos del GIE, pues el texto de tales anexos acreditó que no existe conducta coordinada.

Dicen que hay conductas de Telmex como demandante del servicio relevante, pero no acreditaron ninguna coordinada con Telcel.

Señala la Comisión (página 97) 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.

No existe prueba, nexo causal, actividad coordinada demostrada. Tampoco se explica que exista conveniencia o necesidad de actuación colectiva por componente alguno del supuesto grupo. Lo único que se expone en el DP, (Anexo 2-1) y la Resolución Recurrída (anexo 2-1) son datos incompletos y especulaciones carentes de vinculación entre sí. No existe grupo Telcel/Telmex para efectos de este expediente, por lo que la Resolución Recurrída es ilegal, entonces al tenor de lo afirmado por la Comisión no es posible el análisis de competencia que hizo, por lo que el procedimiento DC-007-2007 es improcedente. Telcel no es propiedad del mismo propietario que Telmex.

No es suficiente describir situaciones relativas a la tenencia de acciones o a la dirección de una o más empresas para satisfacer el estándar de GIE. No es lícito basar esa consideración en hipótesis o posibilidades, sino que la Comisión tenía que demostrar actividades coordinadas.

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

CFC y el criterio citado por Telcel no resultan contradictorios, pues ambas previenen dicha institución,¹⁴⁷ 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 2-I de la Resolución Recurrída sí 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 **"CONFIDENCIAL POR LEY"** cercanos mencionados en el Anexo 2-I de la Resolución Recurrída, 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).¹⁴⁸

Los hechos en los cuáles se basa la CFC consisten en los realizados por los controladores de Telcel (Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos referidos en el Anexo 2-I) 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 2-I de la Resolución Recurrída 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 RPT's (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 RPT's con cobertura nacional.

En cuanto a los criterios citados que resultan novedosos, sirva la respuesta dada en el apartado 3.7.4.2 de esta resolución.

Sobre la ingenuidad y torpeza de la CFC 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ "Carlos Slim y sus familiares más cercanos cuentan con el control de Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V., así como de Carso Global Telecom, S.A.B. de C.V. (CARSO). Esta última tiene el control de Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. (TELMEX) y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V. (TELNOR)

(...)

"El GIE TELCEL/TELMEX actualiza los supuestos señalados en los incisos del Anexo 2 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 y 2 del anexo 2-I de la Resolución Recurrída)

Acerca de que la CFC no analizó la operación de las empresas que integran el GIE de Telcel, esto es **infundado**, en los términos arriba señalados (se analizaron 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 a las que concluyó la CFC¹⁴⁹ mediante la aportación de nuevos elementos de donde se deriva que no se ejerce control sobre ella.¹⁵⁰

Por cuanto hace al argumento mediante el cual Telcel plantea que el hecho de que la controladora de Telcel hubiese quedado excluida del DP y la Resolución Recurrída y, en consecuencia, del GIE, implica que Telcel también debe quedar fuera de dicho GIE, éste es **infundado**. Al respecto se remite al apartado 3.7.4.1 de esta resolución, pues lo que Telcel pretende es que los efectos del amparo obtenido por un tercero le sean extendidos en su beneficio, lo cual va en contra del principio de relatividad del juicio de amparo.

3.7.4.4.5. Uso de otras constancias

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Si bien se ofrecieron constancias de resoluciones y expedientes previos (página 100 de la Resolución Recurrída), tales consideraciones contradicen la Resolución Recurrída, ya que no se trata de la misma materia, no se refieren a Telcel y no se emiten en procedimientos de declaratoria.

Si la controladora de Telcel no está, ni puede estar mencionada, en el procedimiento y, por ello, no es parte del GIE Telcel/Telmex, entonces Telcel tampoco podría ser incluida en tal grupo.

Lo resuelto en los expedientes DC-02-2007 y DC-04-2007 es ilegal, porque la definición del GIE dista de ser una definición al caso concreto y resultante de los elementos que obren en este expediente. Telcel no es declarado dominante en esos procedimientos, por lo que no es posible utilizarlos en su perjuicio para demostrar que es parte integrante de un GIE en

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ En apoyo se cita 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.

este expediente DC-07-2007. De hacerlo, se configuraría una nueva indefensión. Esas resoluciones no obran en el expediente; pero que tendrían que estar a la vista en él. También es falso que al veintisiete de octubre de dos mil once tales resoluciones estuvieren firmes respecto de Telcel.

Las resoluciones de los expedientes DC- 02-2007 y DC-04-2007 adolecen de los mismos vicios de legalidad que el DP de Expediente, por lo que les son aplicables todas las objeciones hechas valer. Cabe mencionar que el Anexo 2-I no indica ni siquiera la fecha, por lo que no puede ser utilizado.

En cuanto a la introducción de elementos diversos a los que existen en el Expediente, sirva la respuesta que se brinda en el apartado 3.7.4.3 de esta resolución.

Respecto a que la definición proveniente de otros expedientes no fue hecha para el caso concreto, el argumento es **infundado**. Aun cuando dichas definiciones de GIE fueron realizadas en el contexto de otros procedimientos, el hecho de que esta autoridad se hubiera referido a ellas y las hubiese calificado como adecuadas para el presente caso, basta para que las mismas tengan dicho efecto, correspondiendo a Telcel haber argumentado la razón por la que tales definiciones no son adecuadas.

Respecto a que Telcel no tiene tenencia accionaria de las filiales de su controlador, debe apuntarse que la pertenencia en un grupo de interés económico no depende de la tenencia o control directo pueda tener respecto al resto de filiales que se encuentran en un nivel horizontal similar, sino de la capacidad de una persona moral o física (como Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos mencionados en el Anexo 2-I de la Resolución Recurrída) para ejercer su control sobre las filiales y que cada una de estas tenga incentivos a no dirigir su conducta con la finalidad de favorecer al resto de filiales.

Aunado a lo anterior, Telcel no demuestra cómo es que, aun existiendo una tenencia accionaria por parte de su controlador (Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos señalados en el Anexo 2-I), su comportamiento pueda ser independiente.

Acerca de que dichas resoluciones no pueden ser usadas porque no se indica la fecha en que se resolvió el asunto, además de no obrar en el expediente, el argumento es **infundado**. Telcel ha tenido conocimiento de dichos procedimientos a grado que incluso le ha sido posible impugnarlos, al respecto sirven las pruebas valoradas en el apartado 3.7.4.3 de esta resolución. Sin perjuicio de lo anterior, Telcel estuvo en posibilidad de controvertir el contenido de dichas resoluciones (las cuales se encuentran disponibles en el sitio de Internet de la CFC, de conformidad con el artículo 2 del RLFCE), sin que lo hubiere hecho. Sirve de respuesta lo dicho en el apartado 3.7.4.3 de esta resolución.

No es óbice mencionar que Telcel no aportó ningún elemento de prueba a efecto de acreditar que las políticas comerciales son distintas, como lo hubiera sido la designación de consejeros de administración en forma independiente del resto de las empresas que conforman el grupo y sin intervención de Carlos Slim Helú y sus familiares cercanos señalados en el Anexo 2-I de la Resolución Recurrída.

En cuanto a que las resoluciones de los expedientes DC-002-2007 y DC-004-2007 adolecen de los mismos vicios que el DP, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que Telcel no señala cuáles son esos vicios.

3.7.4.4.6. Incongruencia

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

En forma incongruente al final del anexo 2 de la Resolución Recurrída se hace mención y cita de un proceso de licitación, lo que demuestra la falta de exactitud, fundamentación y motivación concreta aplicable y adecuada de lo ahí resuelto.

Respecto al argumento sobre la cita de un procedimiento de licitación en el anexo 2 de la Resolución Recurrída se remite al apartado 3.12.4 de esta resolución.

3.8. Revocación de acuerdos

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.8.1. Fe de erratas de la lista de acuerdos

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El veinticinco de julio a las trece horas, se publicó la lista de acuerdos correspondiente al veinticuatro de julio, la cual incluía quince acuerdos relativos al expediente DC-007-2007, de dichos acuerdos, nueve fueron emitidos el dieciocho de julio y dos más no contaban con referencia a algún agente que hubiera promovido.

El mismo veinticinco de julio intentó imponerse de autos, pero resultó imposible porque era viernes en la tarde y el tiempo de traslado lo hacía imposible, además, al llegar a las instalaciones de la Comisión, se le informó que la Comisión determinó no atender al público después de las catorce horas del viernes (máxime cuando era el último día de labores previo a su periodo vacacional).

El once de agosto, Telcel intentó imponerse de autos; pero le fue imposible conocer once de los acuerdos porque le dijeron que el último tomo del Expediente se encontraba en la oficina del presidente de la Comisión, pudiendo consultar sólo cuatro acuerdos.

El doce de agosto se publicó una fe de erratas en la lista de notificaciones, donde se modificó el sentido de diez acuerdos (en la primera lista se habían declarado como extemporáneas las manifestaciones y pruebas formuladas sobre el DP; mientras en la nueva lista se había decretado una prórroga para el ofrecimiento de pruebas y tenían por hechas las manifestaciones de los agentes con interés) y desapareció uno. Ese mismo día se permitió a Telcel el acceso a todos los acuerdos.

(Todas las fechas de dos mil ocho)

A la fecha, la página de Internet sólo muestra la lista corregida y no la original.

Lo anterior no constituyó una fe de erratas, sino una revocación de acuerdos, pues una fe de erratas implica errores mecanográficos y mínimos, no cambios significativos.

La Comisión debe revocar el acuerdo por el que tuvo por hechas las manifestaciones, ya que constituye una indebida revocación de sus determinaciones, ya que dejó de

considerar que el plazo para manifestaciones había vencido el once de julio de dos mil ocho, siendo los escritos y pruebas desechados por extemporáneos admitidos, además de desaparecer un acuerdo.

Por ello, al revocar sus determinaciones la Comisión trasgrede los derechos de Telcel, en consecuencia, las actuaciones han trascendido a la Resolución Recurrída, pues se ha basado en manifestaciones extemporáneas, por lo que deberá dejarse sin efectos todo lo resuelto en base a esos escritos.

El argumento es **inoperante** por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. Lo anterior se desprende del contenido de las listas que Telcel señala, ya que dos de los acuerdos a los que hace alusión recayeron sobre sus escritos.

En la primera lista de acuerdos, la CFC determinó que los escritos de Telcel eran extemporáneos y, por tanto, sus manifestaciones y pruebas se desechaban; mientras en la modificación de la lista de acuerdos, los escritos de manifestaciones de Telcel se tenían por presentados. De lo anterior resulta claro que el acto procesal del que se aqueja redundaba en beneficio de sus derechos de defensa al permitírsele pronunciarse y fijar una postura frente al DP que había sido publicado.

Por otro lado, Telcel no indica en qué forma se modificaría el sentido de la Resolución Recurrída, únicamente dice que no se hace mención de esta situación en ella.

No es óbice mencionar, que Telcel no ofrece medio de prueba acerca de la imposibilidad física a la que se sometió Telcel para llegar a las instalaciones de la CFC el viernes veinticinco de julio de dos mil ocho por la tarde; ni del supuesto informe acerca de que los viernes por la tarde la CFC no atiende al público.

Aunado a lo anterior, la revocación de dichos acuerdos resulta una petición improcedente, toda vez que esto actuaría en perjuicio de Telcel, al no permitírsele fijar una postura procesal frente al contenido del DP, ni refutarlo mediante argumentos o pruebas. En cuanto al resto de los acuerdos, aun cuando dichos agentes no hubieran realizado manifestaciones, el sentido de la Resolución Recurrída para Telcel continuaría siendo el mismo.

Finalmente, las divergencias entre las listas de publicación no generan agravio alguno a Telcel, pues aun cuando en la primera publicación se hubieran presentado diversos acuerdos, la segunda publicación hizo las correcciones pertinentes a efecto de que las publicaciones fueran congruentes con las constancias del Expediente. Así, mientras las constancias del Expediente se encuentren completas y debidamente integradas, se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 6 del RLFCE. Tampoco se demostró, por parte de Telcel que faltaran constancias en el Expediente luego de las correcciones respectivas, ni se promovió, de su parte, incidente de reposición de autos en que se demostrara el extravío de constancias.

3.8.2. Acuerdo de veinticuatro de septiembre de dos mil ocho

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El trece de agosto de dos mil ocho Telcel presentó un escrito en que denunció la violación procesal referida en el apartado inmediato anterior (3.8.1) y solicitó se diera vista al Órgano

Interno de Control (OIC) de la CFC. Dicho escrito fue acordado el veinticuatro de septiembre de dos mil ocho y se desestimó lo expuesto sobre la violación procesal, pronunciándose sólo respecto al informe al OIC que solicitó Telcel, lo cual es ilegal y debe ser revocado. Sin embargo, de autos y la Resolución Recurrída no se desprende que se haya enviado algún informe, ni las violaciones procesales relatadas. Consecuentemente, dicho acuerdo ha trascendido a la Resolución Recurrída.

El argumento en estudio es inoperante por no ser patente la relevancia de la supuesta violación procesal en el dictado de la Resolución Recurrída. Ya en el apartado inmediato anterior (3.8.1) de esta resolución se ha indicado que la fe de erratas habría obrado en beneficio de Telcel, por lo que no existe afectación alguna. Aunado a lo anterior, la revocación del acuerdo referido no tendría consecuencia alguna en el sentido de la Resolución Recurrída, ya que no se ocupa de manifestaciones sobre el fondo del asunto.

Finalmente, debe indicarse que Telcel contaba y cuenta con los medios legales que asisten a todos los gobernados a efecto de presentar quejas y denuncias ante los Órganos Internos de Control, dependientes de la Secretaría de la Función Pública, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

3.8.3. Acuerdo de Reasignación

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

En el acuerdo de primero de septiembre de dos mil nueve, el Secretario Ejecutivo de la CFC determinó reasignar el expediente de origen a la DGPPL, lo cual constituye una revocación de sus determinaciones. Aunado a que dicha DGPPL es incompetente, ya que el artículo 32, fracción VIII, del RICFC señala que sólo será competente para conocer de los asuntos "que le sean turnados mediante acuerdo", siendo que originalmente el asunto le fue turnado al DGMR porque así se definió y se trata de una de sus facultades ("mercado de servicios a concesionarios de RPT"). En la Resolución Recurrída (página 41) la CFC pretendió resolver su solicitud de forma extemporánea, pretendiendo que esa reasignación era una facultad del Secretario Ejecutivo, sin embargo no puede rebasar la asignación de funciones que marca la legislación, además de que se desatendió las manifestaciones hechas por Telcel y sólo mencionó que no se trataba de una revocación, sino de una reasignación.

El argumento es inoperante por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. Contrario a lo que afirma Telcel, en la Resolución Recurrída fueron analizados los extremos sometidos a controversia, habiéndose resuelto lo que se impugnó en el apartado 5.1.1.2 en los siguientes términos:

"(...) el articulado conforme al cual el Secretario Ejecutivo se encuentra facultado para:

a) auxiliar al Presidente de la Comisión en la asignación y tramitación de los asuntos (artículo 23, fracción I, del RICFC);

b) coordinar a las Direcciones Generales de la Comisión para la integración de los expedientes y envío al Presidente (artículo 23, fracción II, del RICFC); y

c) coordinar y supervisar el debido seguimiento de los procedimientos (artículo 23, fracción V, del RICFC).

De lo anterior, claramente se desprenden las facultades del Secretario Ejecutivo para asignar y, en su caso, reasignar para su integración, los expedientes a fin de supervisar su debido seguimiento.

Asimismo, en el acuerdo, se señaló que la DGPPL, con fundamento en el artículo 32, fracción VIII del RICFC, cuenta con plenas facultades para conocer respecto de los procedimientos sobre la determinación de poder sustancial en el mercado relevante.”¹⁵¹

Se hace notar que en el argumento en estudio, Telcel no señala cuáles son los argumentos que se hubieran desatendido de su escrito de once de septiembre de dos mil nueve.

Además, dicho extremo no causa agravio a la recurrente, ya que ésta no vio mermado ninguno de sus derechos de defensa,¹⁵² debido a que tal acto no trasciende en el sentido de la resolución, en atención a lo siguiente:

i) De una lectura e interpretación gramatical y sistemática de las facultades de la DGMR y la DGPPL se observa que existe identidad en las facultades de dichas unidades, en especial las previstas en los artículos 32, fracción VIII, y 33, fracción VI, del RICFC, por lo que ambas direcciones generales se encuentran facultadas para conocer de la investigación, trámite y dictaminar respecto a los procedimientos de la naturaleza del Expediente de origen (el hecho de que una dirección se llame de mercados regulados no significa que el Secretario Ejecutivo no pueda brindar las mismas competencias a otra unidad a efecto de dar desahogo a la carga de trabajo);

ii) La asignación de los asuntos y la coordinación de las direcciones generales operativas corresponde al Secretario Ejecutivo de la CFC, de conformidad con el artículo 23, fracciones I, II y V, del RICFC, por lo que es incorrecto considerar que dicho servidor público carece de facultades cuando las mismas son explícitas en el ordenamiento.

iii) De conformidad con los artículos 24, fracción IV, 25 párrafo segundo, 33 bis, fracción VII, de la LFCE y 14, fracciones I y XII, del RICFC la competencia para resolver respecto al fondo del asunto y la legalidad de este procedimiento es del Pleno de la CFC, por lo que no afecta el juicio de este órgano el ánimo del área que se encargue del trámite del procedimiento y, en consecuencia, no trasciende al fondo del asunto la reasignación del trámite del procedimiento;

iv) El acuerdo de que se duele es precisamente en el que el Secretario Ejecutivo le asigna para tramitación del asunto, con lo que se cumple con el presupuesto que establece el artículo 32, fracción VIII, del RICFC, en el sentido de que podrá conocer de los asuntos “que le sean turnados mediante acuerdo”.

En dicha tesitura, el artículo en cuestión no trasciende en el sentido de la Resolución Recurrída, ni se desprende ilegalidad del acto procesal impugnado.

¹⁵¹ Página 41 de la Resolución Recurrída.

¹⁵² En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: “**REVOCACION DE LAS DECISIONES DE UNA JUNTA LABORAL. CASO EN QUE NO ES VIOLATORIA DE GARANTIAS INDIVIDUALES.** La regularización del procedimiento por parte de una Junta de Conciliación y Arbitraje ordenando continuar el mismo, no obstante que con anterioridad había tenido por desistido al trabajador de la acción intentada por haberlo así solicitado su apoderado, sin que aquél hubiese ratificado el desistimiento, si bien es contrario a lo dispuesto por el artículo 848 de la Ley Federal del Trabajo, porque las Juntas no pueden revocar sus propias determinaciones, no causa perjuicio a su contraparte debido a que el proceder de la Junta no le puede conferir derecho alguno para que se dé por terminado un juicio laboral en forma ilegal, ni existe precepto legal alguno que le pueda conferir tal derecho.” Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Diciembre de 1996; Pág. 451., I.3o.T.45 L.

3.9. Pruebas

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.9.1. Desechamiento de pruebas

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El catorce de julio de dos mil once (sic), Telcel ofreció pruebas adicionales consistentes en los informes que rindieran órganos reguladores de Reino Unido, España, Perú, Chile, Colombia y Bélgica, la legislación aplicable en dichos países (menos Bélgica) y la Unión Europea, así como pericial sobre derecho vigente en España. Sobre lo cual, el dos de septiembre de dos mil ocho, el DGMR determinó que no guardaban relación con la materia de este procedimiento, siendo que Telcel cumplió con los requisitos legales para su admisión. Con dicha violación, Telcel se vio imposibilitada para acreditar que la legislación y los servicios de terminación de llamadas son muy distintos al caso mexicano, por lo que no procedía dictar una resolución con base en legislación y mercados extranjeros.

El argumento es **inoperante** por no ser patente la relevancia de la supuesta violación procesal en el dictado de la Resolución Recurrída. En este sentido, la recurrente no menciona de qué forma dichas pruebas guardan relación con la materia y hechos analizados en la resolución, ni tampoco indica cómo el sentido de la Resolución Recurrída, en cuanto la determinación de mercado relevante y poder sustancial, se verían modificadas en su beneficio con la admisión de las referidas pruebas. Lo anterior se sustenta en el hecho de que el procedimiento y todas las actuaciones que lo conforman se fundan exclusivamente en la legislación mexicana y no consideran legislación extranjera alguna puesto que la motivación del procedimiento atiende exclusivamente a los hechos y situaciones que se observaron en los mercados de servicios de terminación conmutada prestados por concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones autorizadas para prestar servicios locales móviles en México a otros concesionarios de redes locales y de larga distancia en el territorio nacional y, por tanto, el análisis de competencia no se sustenta en condiciones u otras consideraciones de otros países. En sustento de lo anterior en el desechamiento de dichas pruebas se mencionó que las actuaciones del procedimiento obedecen exclusivamente a las atribuciones que la LFCE establece para esta autoridad y a los alcances y propósitos regulatorios previstos en el artículo 63 de la LFT y en la Regla Trigésima primera de las RSL, por lo que es del todo evidente que la referencia a las determinaciones de las autoridades regulatorias extranjeras es meramente informativa y no forma parte de la fundamentación o motivación de las determinaciones del DP, por lo que la legislación, medidas y mecanismos regulatorios previstos en esos países no guardan relación alguna con los hechos materia del procedimiento.

Al respecto, sirve la respuesta brindada por la CFC en la Resolución Recurrída a Telefónica, respecto al uso de referencias extranjeras:

“A mayor abundamiento, no es cierto que en el DP se hayan utilizado o intentado aplicar “esquemas analíticos” de otros países en la definición de los mercados relevantes. Con tal afirmación Telefónica sugiere que en el DP se utilizó, prácticamente por

entero, el marco jurídico-normativo de otras naciones, cuando es patente, de la simple lectura de los capítulos 3, 4 y 5 del DP que los análisis del mercado relevante y poder sustancial se encuentran fundados y motivados, por un lado, considerando la normatividad sectorial mexicana: la LFT, las RSL, RSLD y resoluciones de la Cofetel (véase, por ejemplo los numerales 4.1 a 4.5, 4.7 y 4.9 del DP, sobre mercado relevante y 5.5 a 5.7 y 5.17 sobre poder sustancial) y, por el otro, en una aplicación exhaustiva y rigurosa de la legislación de competencia; esto es, de los criterios establecidos en el artículo 12 para definir los mercados relevantes (características del servicio, análisis de sustitución e identificación de la dimensión geográfica en la que se ofrece el servicio relevante), y en el artículo 13 para determinar la existencia de poder sustancial (identificación de presencia de competidores, barreras a la entrada, capacidad para fijar precios y restringir el abasto, etc.), todo ello basado en los elementos contenidos en el expediente. Así, pues, resulta equivocada la apreciación de los AEI, respecto a que el análisis de mercado relevante presentado en el DP adopte de manera simplista e incompleta un esquema analítico aplicable a otros países.”¹⁵³

“En los países que se indican como referencia en el dictamen también se aplica la modalidad EQLP. Al respecto, en la nota de página 19 del DP se menciona esta coincidencia en los análisis efectuados en otros países sobre la terminación de llamadas en redes móviles, cuya finalidad única es mostrar la congruencia con la experiencia internacional de manera general”¹⁵⁴

En este sentido, el trabajo que realice la CFC, debe abocarse a la realidad de nuestro país y conforme la LFCE, por lo que resulta claro que análisis de la legislación y mercados extranjeros resultaba ajeno a la materia del procedimiento y ocioso, pues como se apuntó, sólo se hizo en el DP una cita al pie, como mera referencia general a efecto de resaltar que el análisis hecho de conformidad con la LFCE tenía resultados coincidentes con el de algunas otras jurisdicciones, sin que en algún momento se considerara como un elemento esencial que fuera necesario para el análisis de mercado relevante y de poder sustancial.

3.9.2. Falta de valoración de pruebas.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Por escrito de quince de enero de dos mil diez, Telcel ofreció una prueba superveniente consistente en la resolución de veintiuno de enero de dos mil diez, emitida en el expediente DC-008-2007 para el efecto de acreditar que respecto de Telcel, el presente expediente y su propósito regulatorio, han dejado de existir y, por lo tanto, la resolución que se combate no tiene sentido, y, por ello, ha de quedar insubsistente, pues la Comisión ya decidió que el efecto sea la imposición de obligaciones específicas y tarifas de insumo y acceso, las cuales son materia de este procedimiento, ya que dicha resolución señaló lo siguiente:

“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

¹⁵³ Página 186 de la Resolución Recurrída.

¹⁵⁴ Véase página 187 de la Resolución Recurrída.

final, sino aquellas variables asociadas a insumos críticos y a mejorar el acceso al mercado.”

Dicha probanza fue admitida el veinticinco de febrero de dos mil diez, sin que se hubiera analizado su alcance en la Resolución Recurrída.

El argumento en estudio es **fundado** pero **insuficiente** para modificar el sentido de la resolución de acuerdo a las pretensiones de Telcel. Asiste la razón a Telcel en que dicha probanza no fue valorada en la Resolución Recurrída; sin embargo, tal violación procesal se puede subsanar en la presente resolución, por lo que el Pleno de este Instituto procede a la valoración de la misma:

La instrumental consistente en copia de la resolución de diez de enero de dos mil diez, se considera un hecho notorio, en términos de los artículos 88 del CFPC y se le concede el valor probatorio previsto en los artículos 129, 197 y 202 del CFPC.¹⁵⁵ De dicha prueba se observan los siguientes elementos:

- i) Versa sobre el mercado de telefonía móvil;
- ii) El sentido de la resolución determina como dominante a Telcel en dicho mercado;
- iii) Las características del mercado analizado corresponden a servicios finales;
- iv) Dentro de sus manifestaciones la CFC hizo de conocimiento del órgano regulador sectorial que existían posibilidades de que la alta concentración en dicho mercado tuviera origen en los mercados intermedios de insumos, así como las posibilidades de acceso al mismo y, consecuentemente, las barreras a la entrada de la industria.

De lo anterior se observa que no se realiza pronunciamiento alguno acerca de la posición de dominancia en mercados intermedios, tampoco se observa que se describan las características de los mercados intermedios y, mucho menos se identifican dichos mercados.

En razón de lo anterior, no es posible considerar, como pretende Telcel, que la resolución del expediente DC-008-2007 deja sin materia el presente procedimiento, ya que se trata de mercados distintos (este procedimiento versa sobre un mercado intermedio de insumos) y la resolución referida por Telcel no efectúa un análisis completo respecto la industria y sus condiciones en términos de los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE.

3.9.3. Pliegos de posiciones

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

¹⁵⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: “HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada “internet”, del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular.” Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470. XX.2o. J/24.

El trece de abril de dos mil once, Telcel presentó tres sobres cerrados con posiciones adicionales para las pruebas confesionales a cargo de "Avantel", "Axtel" y "Alestra", a lo que la Comisión decretó que debía estarse a lo dispuesto por el artículo 110 del CFPC,¹⁵⁶ por lo que se negó la tramitación debida de dichos pliegos, siendo que el CFPC no prohíbe la posibilidad de que se exhiban pliegos adicionales, con lo que se limitó su derecho de formular posiciones adicionales al obligarlo a formular posiciones sólo verbalmente. El artículo 103 del CFPC señala que se citará a absolver posiciones sólo hasta que se hubiese presentado el pliego correspondiente, pero no limita a la exhibición de un solo pliego, por lo que la Comisión confunde la articulación de posiciones verbales con la presentación de pliegos adicionales.

Los hechos con los que Telcel relacionó esta prueba se tuvieron por acreditados en cuanto a su existencia, pero no tuvieron los alcances que pretendía, esto es, se determinó que los juicios en contra de la modalidad EQLLP existen, sin embargo eso no era suficiente para suspender el procedimiento.

Por lo tanto, el argumento es **inoperante** por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. El acuerdo en que se dio un trámite, supuestamente indebido, a los pliegos de posiciones adicionales no genera perjuicio alguno a Telcel, ya que dicho agente se encontraba en la posibilidad de asistir a la audiencia en que se desahogara la prueba referida para el efecto de formular las posiciones adicionales que considerara necesarias, por lo que no existe una limitación a su derecho.

Aunado a lo anterior, el artículo 46 del RLFCCE señala que corresponde a las partes realizar las gestiones necesarias para el desahogo de las pruebas que ofrezcan y que, para el caso de la confesional, se requiere presentar junto con su escrito de ofrecimiento de pruebas el pliego de posiciones. Por lo anterior si Telcel ya había presentado su pliego y su intención era formular nuevas posiciones, tenía la obligación de observar el debido desahogo de sus medios de convicción, por lo que, entre sus cargas procesales, se encontraba la asistencia a la audiencia en que se desahogara la prueba referida para, en su caso, formular verbal y directamente aquellas posiciones adicionales a las contenidas en el pliego de posiciones que estimare necesarias.

En dicha tesitura, si las posiciones adicionales contenidas en los anexos hubieran sido indispensables para la defensa de Telcel, éste debía asistir a la audiencia en que se desahogara la prueba confesional ofrecida y formular las nuevas posiciones en la forma y oportunidad que expresamente establece el artículo 110 del CFPC.

3.9.4. Indebida valoración de pruebas

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Comisión valoró en forma inadecuada las pruebas de Telcel. El orden en que la Comisión formuló su resolución demuestra su ilegalidad, pues "¿Cómo es posible que una autoridad pueda refutar los argumentos de un particular antes de haber, siquiera, analizado y

¹⁵⁶ "Artículo 110.- terminado el interrogatorio, la parte que lo formuló puede articular oral y directamente, en el mismo acto y previo permiso del tribunal, nuevas posiciones al absolvente. En este caso, cuando, al acabar de hacerse una pregunta, advierta el tribunal que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 99, la reprobará, y declarará que no tiene el absolvente obligación de contestarla; pero se asentará literalmente en autos."

valorado el material probatorio del Expediente?” a continuación se exponen las pruebas mal analizadas:

(i) Instrumentales consistentes en copia certificada de los expedientes 17946/06-17-07-8, 17978/09-17-02-6 y 17947/06-17-02-9. Se ofrecieron para acreditar que dichos procedimientos fueron promovidos con anterioridad al expediente de origen; el resultado de dicho procedimientos es la legalidad de la modalidad EQLLPN, el cual es elemento determinante de la declaratoria y, en consecuencia, los elementos tomados en cuenta por la CFC han sido contrarrestados; sin embargo, de la valoración hecha no se demuestra el verdadero impacto. Lo resuelto en dichas resoluciones influyó en la procedencia y fondo de este procedimiento.

(ii) Prueba confesional a cargo de Axtel, Avantel y Alestra. Telcel señala que la prueba fue indebidamente valorada porque no se permitió la articulación de posiciones verbales.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas. Dichas pruebas fueron valoradas en cuanto a su contenido y alcance,¹⁵⁷ sin que Telcel defina cuáles son los elementos derivados de sus instrumentales que influyen en la procedencia y fondo del asunto, o por qué no se demostraba el verdadero impacto; es más, no señala cuál es según él el verdadero impacto a que se refiere, de ahí que no sea posible entrar al estudio de su pretensión por no combatir la argumentación de la Resolución Recurrída.

No es posible dar el alcance que Telcel pretende a las pruebas que ofreció, ya que las mismas fueron aportadas para el efecto de acreditar sus cuestiones de previo y especial pronunciamiento tendientes a suspender el procedimiento. Resulta importante destacar que el día once de octubre de dos mil diez, los CC. Magistrados que integran la Séptima Sala Regional Metropolitana del entonces TFJFA, emitieron resolución en la cual señalaron que: “los juicios de nulidad 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9, deben sobreseerse y se sobreseen por carecer de materia...”¹⁵⁸ Ahora bien, si dicho procedimiento fue concluido, deja de subsistir la razón por la cual, supuestamente, debió suspenderse el procedimiento.

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,

¹⁵⁷ “Al respecto, es de señalar que una vez analizadas y valoradas las pruebas documentales exhibidas por Telcel, mismas que se tienen por desahogadas por su propia y especial naturaleza, se concluye que: i) efectivamente existieron diversos juicios de nulidad promovidos por Alestra, Avantel y Axtel, mismos que fueron tramitados ante la Séptima Sala Regional Metropolitana del TFJFA; ii) con independencia de lo fundado o infundado que pudiera resultar el planteamiento de Telcel, lo cierto es que de acuerdo con las constancias que obran en dichos expedientes, el día once de octubre de dos mil diez, los CC. Magistrados que integran la Séptima Sala Regional Metropolitana del TFJFA, emitieron resolución en la cual señalaron que: “los juicios de nulidad 17978/06-17-02-6 y 17947/06-17-02-9, deben sobreseerse y se sobreseen por carecer de materia en términos de los artículos 9, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y 38, fracción V, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.”, lo anterior fue resuelto así por la Séptima Sala Regional Metropolitana TFJFA, al considerar que: a) se trata de un acto de carácter general en beneficio de los usuarios móviles que reciben llamadas bajo la modalidad EQLLPN; b) la intención de Avantel y Axtel, consistía específicamente en que las cosas regresaran al estado que guardaban hasta antes de la entrada en vigor de la modalidad EQLLPN, cuestión que en la consideración del Tribunal, resulta jurídicamente no factible; c) aun cuando se hubiera emitido un fallo favorable a los intereses de Avantel y Axtel, ello no tendría por consecuencia que se dejara de aplicar la modalidad EQLLPN a los usuarios móviles, por lo que “...únicamente puede verificarse sobre la esfera jurídica de -Avantel y Axtel- y no así, sobre la generalidad de los gobernados,...por lo que el juicio carece de materia” Página 37 de la Resolución Recurrída.

¹⁵⁸ Véase página 37 de la Resolución Recurrída.

pues, la modalidad EQLLP (la cual quedó firme después de los procedimientos)¹⁵⁹ sí fue considerada por la CFC, especialmente para justificar la inexistencia de sustitutos del servicio relevante.¹⁶⁰

Así las cosas, si Telcel insiste en que se considere la influencia de la modalidad EQLLP en la declaratoria, entonces se encuentra fortaleciendo la argumentación de la Resolución Recurrída, en cuanto la inexistencia de sustitutos, lo que hace que su argumento devenga en **inoperante**.

En cuanto a la indebida valoración de los pliegos de posiciones, de la Resolución Recurrída, se desprende que con fundamento en el artículo 110 del CFPC y, toda vez que Telcel no compareció a las audiencias de desahogo de las pruebas confesionales que ofreció, se tuvo por precluído su derecho a formular dichas posiciones o articular oralmente nuevas posiciones, por lo que dicha falta de interés es única y exclusivamente atribuible a Telcel y no constituye en lo más mínimo, una violación procesal por parte de la CFC.¹⁶¹ Lo anterior sin perjuicio de que los hechos que Telcel pretendía acreditar, se tuvieron por demostrados (pero dichos hechos no tenían el alcance de suspender el procedimiento, como lo solicitaba Telcel).

Para efectos de la supuesta inadmisión de los pliegos, se remite al apartado inmediato anterior (3.9.3) de esta resolución.

3.10. Regularización del procedimiento

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan. Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El acuerdo de dos de septiembre de dos mil ocho, por medio del cual se otorgaron dos días adicionales a Telcel para consultar el expediente, viola sus derechos de defensa, toda vez que concede una prórroga que resulta inadecuada, pues se aleja por mucho al término previsto en el artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE para presentar manifestaciones y pruebas respecto al DP. Dicho acuerdo sólo deja en claro la violación procesal cometida por el DGMR.

El argumento en estudio es **inoperante** por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. Telcel se duele de haber recibido una prórroga para imponerse del contenido del Expediente¹⁶² y ofrecer pruebas o realizar manifestaciones con respecto al

¹⁵⁹ "no es jurídicamente posible suspender el presente procedimiento de declaratoria, ya que la causal de suspensión planteada por Telcel, recaía en los referidos juicios que han sido resueltos, de tal forma que el argumento de Telcel ha quedado sin materia y la tramitación del presente expediente DC-07-2007 debe continuarse y concluirse con la resolución correspondiente en los términos señalado en el artículo 60 del RLFCE." Página 40 de la Resolución Recurrída.

¹⁶⁰ Véase página 142 de la Resolución Recurrída.

¹⁶¹ Véase página 22 de la Resolución Recurrída.

¹⁶² "El lunes 11 de agosto de 2008, Telcel intentó nuevamente imponerse de los autos publicados en la lista del 24 de julio por conducto de persona autorizada. Aunque tuvo acceso a los cuatro primeros que se publicaron en la lista del 24 de julio, le fue materialmente imposible acceder a los once restantes pues -según se le informó- el último tomo del expediente DC-07-2007 que

mismo, de lo anterior se desprende que no existe agravio alguno en perjuicio de Telcel, ya que el acuerdo que se encuentra impugnando actuó en su beneficio, al ampliar sus derechos de defensa por encima de lo ordenado previamente por la CFC.

En este sentido, no procedía conceder a Telcel veinte días adicionales a los que fueron otorgados para manifestarse con respecto al DP por el simple hecho de que las dificultades para consultar el expediente no afectaron los veinte días del término original, sino sólo dos. De ahí que sólo fuera necesario conceder al agente un término idéntico al que perduró la negativa de acceso, ya que el resto del plazo estuvo en completa aptitud de consultar el expediente, tal como aconteció.

3.11. Impedimentos

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.11.1. Incidente de recusación

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

El trece de abril de dos mil once, la DGPPL admitió el incidente de recusación propuesto por Telcel y requirió al Comisionado Presidente para que rindiera el informe correspondiente. El veintisiete de mayo de dos mil once tuvo lugar la audiencia para desahogar pruebas, a la que no asistió dicho servidor público, por lo que, por escrito de veintiséis de mayo de dos mil once, Telcel solicitó se tuviera por cierta la causa de la recusación, el acuerdo que recayó a ese escrito señaló que el momento correspondiente para rendir el informe correspondiente era al enviar el asunto a la autoridad que resolviera sobre el incidente, esto es al Pleno, una vez que se integrara el incidente, con lo que se privó a Telcel de conocer y manifestarse respecto el contenido del informe de conformidad con el CFPC. La aplicación de dicho CFPC resulta ilegal, ya que el artículo 34 bis de la LFCE sí establece un término común. De ahí que no fuera necesario aplicar la supletoriedad en perjuicio de Telcel, cuando el término para rendir el informe correspondiente era de cinco días a partir del acuerdo de inicio del incidente. Ahora bien, el seis de junio de dos mil once, la DGPPL revocó su determinación anterior y requirió al comisionado presidente para que en el término de tres días rindiera su informe: "¿En qué quedamos?, habíase visto tanto titubeo en una autoridad, ¿había o no un plazo para rendir el informe? o ¿debía de rendirse cuando se enviara el incidente al Pleno para resolución? Caramba, en qué quedamos." Porqué sería el plazo de tres días y no de cinco, cuestiona Telcel.

El argumento en estudio es inoperante por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. No existe afectación directa a Telcel, ya que el marco normativo

los contiene se encontraba en la oficina del C. Presidente de esta Comisión y no era posible consultarlo ese día." Véase página 46 del escrito de Telcel.

no le otorga mecanismos de impugnación en contra de la resolución recaída al incidente de recusación, de conformidad con el artículo 53, párrafo quinto, del CFPC.¹⁶³

3.11.2. Resolución de la recusación

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

En la resolución de veintitrés de junio de dos mil once es inexacta porque menciona que la mayoría, pero no todas, de las cuestiones planteadas se referían a un expediente distinto al expediente de origen, esto en atención a lo que señaló el comisionado presidente, quien reconoció la existencia de las manifestaciones acusadas.

Aunado a lo anterior, la CFC resolvió que las copias simples carecen de valor probatorio pleno y que las notas periodísticas no se encuentran administradas con otros medios de convicción. En cuanto las copias simples, debe señalarse que no son copias de documentos que contengan actos jurídicos y, aun así, dichos documentos no carecen de valor, por ejemplo acreditan la publicidad de las notas, lo cual en sí mismo es valioso, además de que dichos documentos no fueron objetados en su autenticidad.

El argumento en estudio es inoperante por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. No existe afectación directa a Telcel, ya que el marco normativo no le otorga mecanismos de impugnación en contra de la resolución recaída al incidente de recusación, de conformidad con el artículo 53, párrafo quinto, del CFPC.

3.11.3. Excusa del Comisionado

En la resolución del incidente de recusación se indica que el comisionado José Agustín Navarro Gergely estuvo impedido; sin embargo no obra en el expediente ninguna constancia en que se indiquen las razones y deliberación de su excusa, lo que deja a Telcel en indefensión, siendo que de toda actuación debe obrar constancia en el expediente. Lo grave de esta situación es que Telcel desconoce desde cuando subsiste dicho impedimento.

El veinticinco de agosto de dos mil once, Telcel solicitó se le informara sobre dicha excusa, lo que le deja en estado de indefensión para conocer si dicha excusa subsistía desde el inicio del procedimiento, en cuyo caso, las actuaciones del Pleno en que participó dicho comisionado serían nulas.

El argumento en estudio es inoperante por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. De conformidad con el artículo 44 del CFPC y en lo aplicable a esta materia, en aquellos casos en los que la excusa devenga por un impedimento relacionado con cuestiones de parentesco, produce que la determinación por la que se califique la excusa será cosa juzgada. Esto se deduce de lo siguiente:

i) Dicho artículo establece que si la causa de impedimento está comprendida dentro de las primeras dieciséis fracciones del artículo 39 del CFPC, la resolución por la que se declare impedido será irrevocable. Dichas fracciones establecen supuestos en los que el juzgador o cualquiera de sus parientes en los grados ahí señalados se encuentran involucrados con

¹⁶³ "...En todo caso, la resolución que decida una recusación es irrevocable." Véase quinto párrafo del artículo 53 del CFPC.

algunas de las partes o sus abogados o procuradores, lo que eventualmente produzca que exista un interés directo o indirecto en el asunto.

ii) Por su parte, el artículo 40, fracción I del RICFC, establece como impedimento para que los comisionados conozcan de los asuntos a cargo del Pleno, el que tenga parentesco en línea recta, sin limitación de grado, en la colateral por consanguinidad, hasta el cuarto grado y en la colateral por afinidad, hasta el segundo con alguno de los interesados o sus representantes.

Como puede observarse, el artículo 40, fracción I del RICFC, contiene las mismas razones o motivos de impedimento que las fracciones citadas del artículo 39 del CFPC, las cuales, como se ve, están comprendidas dentro de las dieciséis primeras fracciones. Luego entonces, si dichas determinaciones resultan irrevocables, por igualdad de razón, resulta irrevocable la calificación del Pleno que determinó procedente la excusa del Comisionado José Agustín Navarro Gergely, fundada en la existencia de una relación de parentesco con alguno de los interesados en el procedimiento DC-007-2007.

Asimismo, la existencia de un impedimento que originara al Comisionado referido formular su excusa respecto al asunto es una situación que en nada modifica el sentido de la Resolución Recurrída por dos razones:

i) La excusa del Comisionado aconteció en la resolución del incidente de recusación, la cual es inimpugnable, de conformidad con el artículo 44 del CFPC;

ii) Si bien dicho comisionado participó en la firma del DP, dicha determinación sólo tiene el carácter de preliminar y la misma no hubiera tenido un sentido distinto ya que la votación fue unánime; y

iii) En la Resolución Recurrída, como en la presente, no actúa el Comisionado excusado.

De ahí que no existe agravio en perjuicio de Telcel.

3.12. Resolución Recurrída

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan, lo anterior con excepción del numeral 3.12.4.1, inciso B).

3.12.1. Notificación por servidor público sin facultades

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La notificación de la Resolución Recurrída fue hecha por una persona sin facultades, pues no la practicó el Secretario Ejecutivo. El principio de formalismo en el proceso es la base del sistema jurídico positivo mexicano vigente. De conformidad con el artículo 39 de la LFCE el Secretario Ejecutivo es el único servidor con fe pública y el artículo 23, fracción IV, del RICFC le faculta para dar cuenta de las sesiones de Pleno y notificar las resoluciones, facultades que son indelegables. Para que puedan delegarse facultades debe existir el delegante y el delegado, el delegante debe contar con la facultad expresa de delegar y el segundo con la aptitud de ser delegado, sin que se puedan delegar facultades

inherentes al cargo, además de existir el acuerdo de delegación correspondiente (y su publicación); sin que acontezcan dichas circunstancias. No importa que el artículo 45 del RLFCE señale que las notificaciones personales podrán realizarse por cualquier servidor público, pues en todo caso, el servidor público que las realice debe estar investido de fe pública. Una interpretación armónica del artículo 47 muestra que debe estarse a las facultades conferidas por la ley a cada servidor público. De ahí que el acto de quince de abril de dos mil once sea nulo.

Las manifestaciones anteriores respecto de la notificación de la Resolución Recurrída resultan **infundadas** en virtud de las siguientes consideraciones.

De conformidad con el artículo 68 del RLFCE, las notificaciones personales pueden hacerse por diversas vías, todas ellas distintas al Secretario Ejecutivo en lo personal. Se tiene entonces que de dicho precepto se desprende claramente que las notificaciones personales podrán hacerse por conducto de los servidores públicos de la Comisión o inclusive de otras dependencias de la Administración Pública Federal, estatal o municipal. Asimismo, la interpretación que realiza Telcel respecto a que el Secretario Ejecutivo en persona debe realizar las notificaciones personales de todas las resoluciones de la presente autoridad, atendiendo al principio que establece que “nadie está obligado a lo imposible”, es absurda y materialmente imposible, pues de entenderse así no podrían en modo alguno cumplir con todas las tareas que le corresponden de conformidad con la LFCE, el RLFCE y el RICFC, si además se entiende que debe realizar todas y cada una de las notificaciones de la CFC.

Telcel afirma que el hecho de que el artículo 68 del RLFCE señale que las notificaciones personales podrán realizarse por servidores públicos de la Comisión, no significa (en su opinión) que esta atribución puede interpretarse en el sentido de que cualquier servidor público está facultado para llevar a cabo las notificaciones personales de cualquier tipo de acto o resolución, pues, en todo caso, el servidor público respectivo deberá estar investido de las atribuciones suficientes específicas para cumplir con dicha función. De lo contrario se caería en el extremo de que todos los servidores públicos gozan de facultades indefinidas e ilimitadas. Dichas manifestaciones son **infundadas**, pues la facultad prevista en el artículo 68 del RLFCE es genérica, es decir, no fue otorgada a un tipo específico de servidores públicos de la Comisión, ni es exclusiva de aquellos que tienen asignadas funciones particulares, por tanto, si dicho dispositivo no distingue, no es factible hacer distinción alguna: efectivamente.

Dicho lo anterior, es de señalarse que en las cédulas de notificación de la Resolución Recurrída se cita el artículo 68 del RLFCE,¹⁶⁴ entre otras disposiciones aplicables y, por ende, está debidamente fundada la cédula por la cual el notificador da fe de los actos en los que está interviniendo.

Por cuanto hace al contenido del artículo 23, fracción IV, del RICFC, éste no puede interpretarse de forma aislada, ya que de lo contrario se arribaría a una visión restringida que

¹⁶⁴ “Las notificaciones personales podrán hacerse por conducto de servidores públicos de la Comisión o de otras dependencias de la administración pública federal, estatal o municipal con quien la Secretaría celebre acuerdos de colaboración para tal efecto, por medio de fedatario público, así como mediante oficio entregado por mensajero o correo certificado con acuse de recibo. Dichas notificaciones podrán practicarse en las oficinas de la Comisión cuando acuda el interesado.”

haría imposible el cumplimiento de las funciones de la CFC, las cuales son de interés público.¹⁶⁵ De ahí que, al interpretar dicha facultad con las disposiciones antes referidas, así como el artículo 23, fracción V, del RICFC, se concluye en la posibilidad de que los servidores públicos de la CFC puedan efectuar las notificaciones personales respecto las resoluciones emitidas por el Pleno. También debe considerarse que Telcel fue efectivamente notificado y tuvo conocimiento de la Resolución Recurrída, a grado tal, que estuvo en aptitud de impugnarla e incluso ofrecer pruebas.

Adicionalmente, debe considerarse que los servidores públicos, con o sin fe pública, están obligados a elaborar la constancia respectiva de la notificación realizada, dicho documento, constituye una documental pública, en términos del artículo 129 del CFPC, pues son instrumentos emitidos por un servidor público en ejercicio de sus funciones, por lo que, existe una constancia fehaciente de las notificaciones que se realicen y, en consecuencia, se elimina cualquier posibilidad de inseguridad jurídica en perjuicio de los gobernados, quienes cuentan con los mecanismos necesarios para, en caso de observar una violación procesal en la notificación, aporten los medios de convicción necesarios a efecto de acreditar que la misma fue realizada en forma ilícita vulnerando sus posibilidades de defensa.

En atención a lo expuesto, no es posible considerar que se diera una delegación de facultades, ya que el mismo ordenamiento previene la facultad de los servidores públicos de la Comisión para notificar personalmente las resoluciones emitidas por dicha autoridad.

¹⁶⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: **"ACTA DE MUESTREO DE MERCANCÍAS DE DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN. SU ELABORACIÓN ES UNA FACULTAD IMPLÍCITA QUE DERIVA DE LAS ATRIBUCIONES EXPRESAS CONFERIDAS EN LAS FRACCIONES XLII O XLVIII DE LOS ARTÍCULOS 29 Y 10 DE LOS REGLAMENTOS INTERIORES DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, VIGENTES HASTA EL 6 DE JUNIO DE 2005 Y 22 DE DICIEMBRE DE 2007, RESPECTIVAMENTE, A LA AUTORIDAD QUE PRACTICA EL RECONOCIMIENTO ADUANERO, POR LO QUE BASTA LA CITA DE CUALQUIERA DE ELLAS PARA JUSTIFICAR LA COMPETENCIA MATERIAL DE ÉSTA.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que si bien es cierto las leyes y reglamentos que regulan la competencia de las autoridades que integran la administración pública centralizada y paraestatal contienen expresamente sus facultades, es decir, está claramente descrita la posibilidad de ejecutar un acto concreto, también lo es que pueden estar implícitas, lo que ocurre cuando se confiere una atribución específica y se autoriza el uso de los medios descritos en la propia ley que llevan a su realización. En este sentido, la Segunda Sala del mencionado Alto Tribunal emitió la jurisprudencia 2a./J. 32/2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, agosto de 2001, página 191, de rubro: "ADUANAS. SU FACULTAD DE VERIFICAR FORMALMENTE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS SE ENCUENTRA IMPLÍCITA EN EL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES DE COMPROBACIÓN QUE EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR, DE RESTRICCIONES Y DE REGULACIONES NO ARANCELARIAS LES CONFIERE EL ARTÍCULO 42, APARTADO A, FRACCIÓN XVI, DEL REGLAMENTO INTERIOR DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, VIGENTE HASTA EL TRES DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.". Así, este criterio y las consideraciones expuestas, además de justificar la existencia de las facultades implícitas, permiten establecer respecto de éstas, las siguientes reglas: a) Son necesarias, pues desconocerlas llevaría al extremo de impedir a la autoridad ejercer la facultad expresa que se le confirió y, que desde luego, es de orden público, porque tiende a lograr la consecución de la actividad administrativa; b) Requieren que esté definida una facultad expresa; c) Su identificación y determinación en modo alguno es arbitraria, pues se limita a los actos que el propio legislador ubicó en otras normas y que son necesarios para cumplir con el fin expresamente identificado por él; d) Es exigible un ejercicio de constatación y análisis de los actos previstos legalmente para procurar la realización de la facultad expresa, pues de esta manera se advertirá la implícita. En ese orden de ideas, la elaboración del acta de muestreo de mercancías de difícil identificación es una facultad implícita que deriva de las atribuciones expresas conferidas en las fracciones XLII o XLVIII de los artículos 29 y 10 de los Reglamentos Interiores del Servicio de Administración Tributaria, vigentes hasta el 6 de junio de 2005 y 22 de diciembre de 2007, respectivamente, a la autoridad que practica el reconocimiento aduanero para establecer la naturaleza, estado, origen y demás características de las mercancías de comercio exterior, pues está motivada por una contingencia concreta, como es la dificultad para identificarlas, y representa uno de los actos procedimentales previstos durante la ejecución de la señalada atribución expresa, lo que satisface los requisitos antes mencionados, por lo que basta la cita de cualquiera de dichas fracciones para justificar la competencia material de la indicada autoridad." Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Pág. 1627., XVI. I.o.A.T. J/12. (Énfasis añadido)

3.12.2. Notificación extemporánea

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La notificación de la Resolución Recurrída es extemporánea, aun cuando se habilitaron días y horas inhábiles para realizarla, no se cumplió en el término establecido, pues debía realizarse el primero de noviembre de dos mil once.

El argumento es inoperante por no ser patente que exista una afectación en perjuicio de Telcel, toda vez que el artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE obliga sólo a notificar a las autoridades regulatorias.

Sin perjuicio de lo anterior, debe apuntarse que ningún dispositivo de la LFCE o el RLFCE prevé cuáles serían las consecuencias del silencio administrativo, por lo que no es posible considerar que la consecuencia jurídica de no resolver dentro del término sería el cierre del Expediente, como en el caso de la notificación de concentraciones y recursos de reconsideración, donde la LFCE sí prevé consecuencias para el caso del silencio de la CFC.¹⁶⁶

Además de que, en todo caso, Telcel tuvo conocimiento de la Resolución Recurrída, a grado de que estuvo de aptitud de impugnar la misma en todos sus términos, sin necesidad de allegarse de recursos o medios extraordinarios para efectos de obtener una respuesta de esta autoridad.¹⁶⁷

Finalmente, es claro que no existe una violación de derechos de defensa, esto considerando que Telcel estuvo en plena aptitud de formular agravios en contra de Resolución Recurrída.¹⁶⁸

¹⁶⁶ "(...) para la procedencia de tales actos administrativos (las fictas) es necesario que se encuentren establecidos en una norma de carácter general; de lo contrario la conducta omisiva no producirá tales efectos." (Roldán Xopa, José. Derecho Administrativo. Oxford University Press. México, 2008. Pág. 333.)

¹⁶⁷ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: "**NEGATIVA FICTA. NO SE CONFIGURA SI SE NOTIFICA LA RESOLUCIÓN EXPRESA ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD, CON INDEPENDENCIA DE QUE SE EXCEDA EL PLAZO DE TRES MESES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.** De conformidad con el precepto citado, cuando la autoridad fiscal no resuelve una instancia o petición dentro del plazo de tres meses, el interesado queda facultado para adoptar cualquiera de las siguientes posturas: a) esperar que la resolución se emita, o b) considerar que la autoridad resolvió negativamente; quedando en este último caso, facultado para interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se pronuncie resolución expresa. Lo anterior significa que la oportunidad para impugnar la nulidad de una negativa ficta inicia al cumplirse tres meses sin respuesta, pero fenece cuando la resolución expresa se notifica, pues debe recordarse que lo que la norma pretende es evitar que el contribuyente permanezca en estado de incertidumbre. Por tanto, no es posible impugnar la nulidad de una negativa ficta antes que transcurra el lapso de tres meses sin respuesta, ni tampoco después de que el particular sea notificado de la resolución expresa, porque entonces queda en aptitud de impugnar la misma directamente, atacando sus propios fundamentos y motivos, sin necesidad de presumir que se ha resuelto en sentido contrario, por ser evidente que, esta última figura sólo opera ante la ausencia de resolución, independientemente del tiempo que demore su dictado." Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Enero de 2007; Pág. 2271., XXI.1o.P.A.66 A.

¹⁶⁸ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: "**NOTIFICACIÓN IRREGULAR. SE DEBE TENER POR CONSENTIDA SI DE LA PRIMERA O SUBSECUENTE INTERVENCIÓN DEL INTERESADO SE DERIVA RAZONADAMENTE QUE CONOCIÓ DICHA ACTUACIÓN QUE TACHA DE NULA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 70, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS).** El artículo 70, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tamaulipas prevé que la nulidad de la notificación debe reclamarse por el perjudicado, en el primer escrito o actuación en que intervenga a partir de la resolución, emplazamiento o citación mal notificada, porque de no hacerlo se considera consentida la violación procesal. Una

3.12.3. Difusión de la Resolución Recurrída

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.12.3.1. En el DOF

La publicación de la Resolución Recurrída 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 que el procedimiento no se encuentra firme y su contenido debe ser considerado información reservada.

El argumento es **inoperante** por no ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas. Del dicho de Telcel no se desprende que el supuesto agravio tenga el alcance de modificar el sentido de la Resolución Recurrída.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que la CFC actuó dentro del marco legal, el cual ordenaba la publicación de la Resolución Recurrída en el DOF, de conformidad con el artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE; 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 dicha autoridad, conforme las cuales, Telcel estuvo en posibilidad de indicar a esa autoridad qué información de la que hubiere aportado tenía el carácter de confidencial.

Finalmente, Telcel no indica qué información de la existente en la Resolución Recurrída le genera un perjuicio en lo que denomina como "sus derechos procesales de intimidad".¹⁶⁹

interpretación de la fracción legal en comento, conduce a sostener que no cualquier injerencia o promoción del interesado al procedimiento, puede admitirse como primera actuación o intervención subsecuente, para estimar consentida la notificación irregular, sino sólo aquella que evidencie o permita concluir que éste conoció la actuación que tacha de nula, pues no puede convalidarse lo que se desconoce y que, por consecuencia, tampoco se consiente. Así, por ejemplo, cuando el escrito sea para justificar la inasistencia de absolver posiciones, ello hace patente, aunque no lo diga el promovente, que conoció el auto que fijó el desahogo de la prueba confesional, en el caso de que su notificación sea la diligencia que se cuestiona. En cambio, de un escrito de solicitud de copias, aunque contenga la revocación del nombramiento de abogado y el señalamiento de otro, no se deriva que el solicitante conociera algún auto, resolución, emplazamiento, citación o notificación, al no advertirse consideraciones tendentes a la prosecución del procedimiento, que den por sentado que conocía la actuación anterior. En ese tenor, el primer escrito o actuación subsiguiente que refiere la fracción III del artículo 70, no puede recaer en cualquier intervención que el interesado efectúe al procedimiento, sino sólo aquella que revele que conocía la actuación judicial que impugna de nula, ya sea porque así lo exprese –y omita interponer el incidente de nulidad–, o bien, que por el contenido de su escrito de manera razonada se pueda presumir." Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Enero de 2011; Pág. 3227, XIX.1o.A.C.56 C.

¹⁶⁹ En apoyo 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

3.12.3.2. En internet

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

No existe mandato escrito en el Expediente donde se funde y motive la difusión de la Resolución Recurrída en la página de Internet de la Comisión; ello viola los artículos 2 del RLFCE y 17 del RICFC. Con dicha difusión se viola la LFTAIPG, pues la Resolución Recurrída no se encuentra firme. El artículo 39 de la LFCE señala que la interposición del recurso suspende sus efectos, por lo que no podía suspenderse al no encontrarse firme y existir el presente recurso.

Además la publicación causa un daño porque no se encuentra firme y viola la LFTAIPG.

Aun cuando hubiese existido mandamiento escrito, la Comisión violó los derechos de Telcel, pues la clasificación de información confidencial la realizó de manera unilateral, sin dar derecho a Telcel para oponerse a la publicación de sus datos personales.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas y por no ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas o trascienda al sentido de la Resolución Recurrída. Debe apuntarse que Telcel no señala qué información, contenida en la Resolución Recurrída sea de su propiedad y sea confidencial, motivo por el cual sólo constituye una serie de manifestaciones genéricas que no concretan en ningún perjuicio que alcance a modificar el sentido de la Resolución Recurrída.

En cuanto a la falta de mandamiento escrito, éste no resulta necesario, ya que la Comisión se encuentra obligada a publicar en Internet las resoluciones que emita en su página de Internet dentro de los quince días siguientes a que hayan sido notificadas, de conformidad con el artículo 2 del RLFCE; lo anterior también resulta aplicable en cuanto a la supuesta violación de disposiciones de la LFTAIPG. Telcel no señala en qué forma se viola el artículo 2 del RLFCE, mientras que el artículo 17 del RICFC se refiere a la publicación en el informe anual, por lo que no resulta aplicable.

Por lo que hace a la suspensión prevista en el artículo 39 de la LFCE, dicho dispositivo señala que se suspenderá "su ejecución", más no los efectos que en sí misma entrañe, como la publicación, derivada de las obligaciones de transparencia que constreñían a esa autoridad.

La emisión de una resolución constriñe a la autoridad a hacerla pública frente a la sociedad, como parte del interés público sobre los procedimientos en materia de competencia, lo cual no implica que la misma se encuentre en vías de ejecución, en cuanto a la CFC, se deriva del artículo 2 del RLFCE.

En cuanto a la clasificación de información, supuestamente unilateral, y la posibilidad de oposición respecto a la publicación de datos personales, Telcel no indica qué información

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 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.

utilizada en la Resolución Recurrída es de su propiedad y es confidencial, por lo que su argumento constituye una manifestación genérica.

Adicionalmente, debe considerarse que de conformidad con el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, la información que aportan los agentes puede ser clasificada como confidencial, siempre que los agentes que la aportaron así lo indiquen, de lo que se desprende que si Telcel aportó información, estuvo en posibilidad de indicar que la misma era de carácter confidencial y, en consecuencia, oponerse a la divulgación de la misma e, incluso, el acceso a ella por parte de los agentes económicos involucrados en el Expediente. Sin embargo, como señala Telcel en su recurso, cuenta con un amparo, que lo privilegia del resto de los agentes económicos, para no ser apercibido con multas por la CFC, motivo que lo incentiva a no aportar información, tal como aconteció en el procedimiento de origen y, consecuentemente, no existe información propiedad de Telcel en la Resolución Recurrída, ni agravio en su perjuicio con la publicación de la misma. Aun cuando, durante el procedimiento seguido en forma de juicio, Telcel realizó manifestaciones y aportó pruebas, sobre la información derivada de las mismas, Telcel tuvo oportunidad de solicitar que la misma fuera clasificada como confidencial, siempre que cumpliera con los requisitos contenidos en el artículo 31 bis, fracción IV, de la LFCE.

No es óbice mencionar que la oportunidad de oposición sobre la publicación de información confidencial, es al momento de aportar los mismos, de conformidad con el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.

3.12.4. Falta de congruencia, precisión y exhaustividad

3.12.4.1. Congruencia

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que excepto el inciso B), ninguno del resto de los otros numerales se encontraban en los supuestos, sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenó a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

A) La Resolución Recurrída viola los artículos 1º, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC, pues es violatoria de los principios de congruencia, certeza y seguridad.

El Pleno no analizó todos los puntos sometidos a su consideración.

El argumento en estudio es inoperante por manifestaciones genéricas. Telcel no indica en forma precisa cuáles son los fragmentos que fueron dejados de estudiar debido al parafraseo que se realiza de su escrito; si bien señala algunos apartados del mismo, no indica qué afirmaciones se omitieron en la contestación a los mismos. La autoridad no se encuentra obligada a transcribir los agravios formulados.¹⁷⁰

¹⁷⁰ En apoyo a lo anterior Telcel cita 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." Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 830, 2a./J. 58/2010.

El siguiente inciso, se responde en estricto cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.7. de la Ejecutoria: “ En los rubros (...) **3.12.4.1 Congruencia, inciso B)**, (...), la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar), señalando que los argumentos fueron alegados por TELCEL en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró, había precluido su derecho para hacerlos (mencionando que parte de esos argumentos habían sido atendidos)” (Énfasis añadido). Al respecto, esta autoridad realiza la calificación y el análisis de fondo y en su totalidad del argumento planteado en el inciso B).

Al respecto, Telcel manifestó lo siguiente:

“(...)B) Desde luego, en el caso, el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE de entrada no permite tal audiencia previa, por lo que resulta lesivo de derechos, habida cuenta que en ese precepto se pretende que el procedimiento inicie propiamente con un pronunciamiento público supuestamente preliminar de la misma autoridad que emitirá la resolución definitiva, en el que ya se considera (sin haber oído ni vencido a los interesados) que uno o más gobernados son agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante (...)”¹⁷¹

Las manifestaciones de Telcel no son claras en cuanto a qué pronunciamiento de la Comisión se refieren, es decir, si al acuerdo mediante el cual se dio inicio al procedimiento que nos ocupa, o bien, al DP. No obstante, en cualquiera de los dos sentidos, dichas manifestaciones resultan **infundadas**, toda vez que tales pronunciamientos no constituyeron de forma alguna un prejuzgamiento ni fueron realizados con el objeto de imputar conductas, efectos y responsabilidades, así como tampoco de imponer obligaciones específicas a ciertos agentes económicos como Telcel.

Por lo que respecta al acuerdo mediante el cual se dio inicio al procedimiento, es de señalar que en el mismo se establece 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 y la identificación de facultades para conducir la investigación y, contrario a lo señalado por la manifestante, no se publicó el nombre de su representada, ni se establecieron “implicaciones negativas” para Telcel. A efecto de demostrarlo, es pertinente transcribir el acuerdo referido:

“EXTRACTO DEL ACUERDO POR EL QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA INICIA EL PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR SI EXISTE PODER SUSTANCIAL EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE TERMINACIÓN DE TRÁFICO PÚBLICO CONMUTADO PREVISTOS PARA EFECTOS DE LAS MODALIDADES EL QUE LLAMA PAGA Y EL QUE LLAMA PAGA NACIONAL, RADICADO EN EL EXPEDIENTE DC-07-2007.

Se inicia de oficio el presente procedimiento, en términos de los artículos 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). El presente acuerdo no debe entenderse como un prejuzgamiento sobre la existencia de poder sustancial por parte de agente económico alguno, toda vez que se

¹⁷¹ Folio 290 del Expediente del Recurso.

trata de una actuación de la autoridad tendiente a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 33 bis, concluido el cual se emitirá la resolución que en derecho proceda, misma que no implica la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 35 de la LFCE, salvo en su caso, la prevista en la fracción III de dicho precepto. De conformidad con la fracción IV del artículo 33 bis de la LFCE, el periodo de investigación del presente procedimiento comenzará a partir de la publicación del presente extracto en el Diario Oficial de la Federación. Este extracto se publica de conformidad con el artículo 33 bis, fracción III, de la LFCE, con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en este procedimiento durante el periodo de investigación.

La publicación del extracto anterior en el Diario Oficial de la Federación fue ordenada mediante acuerdo emitido por el Presidente de la Comisión Federal de Competencia y el suscrito Secretario Ejecutivo, fechado el veintitrés de noviembre de dos mil siete, radicado dentro del expediente DC-07-2007; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 bis, fracción III, de la Ley Federal de Competencia Económica y 55, último párrafo, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.”

La publicación del extracto del Acuerdo de Inicio es un acto de difusión que tiene como único fin que cualquier persona coadyuve en la investigación, lo cual se encuentra ordenado en la legislación de competencia, como se advirtió de lo transcrito en el párrafo precedente. Para dichos efectos, el artículo 55 del RLFCE 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 la emisión del DP. En tal virtud, dentro del presente procedimiento se emitió el acuerdo de inicio el veintitrés de noviembre de dos mil siete, posteriormente se envió al DOF la solicitud de publicación del extracto del acuerdo de inicio, presentado ante el citado órgano el veintisiete de noviembre del propio año, dentro del periodo que la Ley establece para tal efecto. Por tanto, la publicación multicitada se realizó tomando en cuenta las formalidades legales correspondientes para su publicación y, en tal sentido, es legal.

Ahora bien, por lo que hace a la emisión del DP, es de señalarse que el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE no es uno de carácter sancionatorio en el que la autoridad realice funciones tendientes a dirimir contiendas y/o a imputar responsabilidades por violaciones a la LFCE. Si bien la facultad ejercida en este tipo de procedimientos obedece a la existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones análogas, relativas al proceso de competencia o libre concurrencia, lo cierto es que la emisión de dicho DP, no implicó que se considerara de forma alguna el carácter de Telcel como agente económico con poder sustancial más allá que de una manera preliminar, como se encuentra previsto en el artículo 33 bis, fracción V de la LFCE, razón suficiente para considerar que no resulta violatorio de sus derechos de audiencia previa.

Por el contrario, haber desahogado cada una de las etapas que el propio artículo 33 bis de la LFCE prevé, acredita que los derechos de defensa de Telcel siempre fueron debidamente respetados, toda vez que conforme al artículo 33 bis, fracción VI, de la LFCE, Telcel no sólo estuvo en condiciones de manifestarse en contra del DP, y ofrecer los elementos de convicción que estimara pertinentes ante la Comisión, sino que efectivamente así lo hizo, los días once y catorce de julio de dos mil ocho. Es pertinente que esta etapa procesal implica la oportunidad de desvirtuar la determinación alcanzada en el Dictamen Preliminar.

C) La Comisión sostuvo (página 33) que los argumentos se repiten, por lo que podrá resumirlos y agruparlos.

La Comisión resolvió como erróneos, insuficientes o infundados los argumentos formulados, omitiendo el estudio de algunos con la paráfrasis de los preceptos o reiterando las consideraciones vertidas en el DP, imponiéndoles títulos reduciéndolos y mutilándolos.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, toda vez que Telcel no señala cuáles fueron los argumentos que la CFC indebidamente consideró como genéricos. A pesar de ello, como señala Telcel, su escrito constituye una unidad argumentativa, de ahí que el agrupar sus argumentos atiende a dicha unidad, sin que se desatiendan los mismos.

D) En las páginas 86 y 87 de la Resolución Recurrída, al atender el combate a los antecedentes del DP, sostiene que "TELCEL se refirió de forma general a diversos puntos del capítulo de Antecedentes del DP (...) En virtud de lo anterior, no procede realizar contestación particular alguna, ya que simplemente se limitó a hacer mención de los antecedentes de mérito."

El argumento es infundado. Contrario a lo que señala Telcel, la CFC sí abordó todos sus argumentos en la Resolución Recurrída.¹⁷²

El DP al tratarse de un acto administrativo complejo, no únicamente contiene hechos y pruebas que sustenten la existencia de poder sustancial, a los que simplemente se pueda contestar negándolos o afirmándolos, sino que contiene la fundamentación y motivación de la autoridad que justifican la emisión del acto y, por tal motivo, si Telcel ataca dicha fundamentación y motivación o inclusive su competencia o la legalidad del acto y del procedimiento que precedió a su emisión, sus argumentos deben contener los requisitos mínimos para que esta autoridad pueda pronunciarse sobre los mismos, debido a que no existe disposición legal alguna que faculte a esta autoridad a suplir las deficiencias o la oscuridad de sus argumentos; de ahí la aplicación por analogía de los criterios del poder judicial en torno a su inoperancia.

Ahora bien, resulta material y jurídicamente imposible que la CFC entrara al estudio de aquellos apartados en donde se ataca en general la Resolución Recurrída, sin precisar los argumentos que se combaten, pues dicha autoridad no tenía la posibilidad de inducir o adivinar a qué se refería Telcel con sus manifestaciones, ni qué se encontraba combatiendo, aunado al hecho de que no existe suplencia de la queja en la materia, por lo que de sus agravios debía desprenderse una causa de pedir clara, que no induzca a dudas.

E) Respecto a las Consideraciones de Derecho del DP, sostiene que "las manifestaciones de Telcel son genéricas por lo que no es posible atenderlas de manera específica" para después repetir el contenido de ese apartado del DP.

Ello es ilegal, pues las manifestaciones de Telcel son una unidad, del cual se desprenden argumentos armónicos, concatenados y congruentes, que debieron ser apreciados de

¹⁷² "5.1.18 Telcel se refirió de forma general a diversos puntos del capítulo de Antecedentes del DP, señalando que no le son propios.¹⁷² En virtud de lo anterior, no procede realizar contestación particular alguna, ya que simplemente se limitó a hacer mención de los antecedentes de mérito."

"Sin embargo, sobre los puntos del mismo apartado de Antecedentes relativos al acuerdo de inicio, los requerimientos de información, y la incorporación de diversos documentos al expediente, este AEI desarrolla diversas manifestaciones, las cuales son atendidas y analizadas en numerales subsecuentes de esta resolución." Página 86 de la Resolución Recurrída.

manera conjunta. “De la simple lectura de tales argumentos y contestaciones se desprende que no todos ellos son generales, menos aún repetitivos (...)” Los argumentos generales también debieron ser resueltos en forma congruente.

El argumento es **infundado**. Aun cuando el argumento de Telcel resultó genérico, la CFC describió, de nueva cuenta, la motivación del DP, esto en el apartado 5.1.19 de la Resolución Recurrída.¹⁷³

Telcel también reconoce que sus argumentos son genéricos, cuando señala que “no todos”. Por cuanto a la labor de resumir los agravios de Telcel, la misma proviene de la posibilidad de eliminar las redundancias en que se incurrió al formular manifestaciones.

F) Nada se dice en la Resolución Recurrída sobre lo manifestado en las páginas 11 a 17 de su escrito en relación con el DP.

El argumento es **infundado**. La CFC sí se pronunció respecto a dichas páginas; sin embargo,¹⁷⁴ debe precisarse que dichas páginas tratan de una relación de los antecedentes descritos en el DP, donde Telcel contesta cada uno de los antecedentes como si se tratara de una demanda de orden civil, motivo por el cual no se combate la motivación y fundamentación del DP.

G) En la página 42 de la Resolución Recurrída, al final del tratamiento de las cuestiones de previo y especial pronunciamiento y de la incompetencia superveniente, existe un espacio en blanco en la resolución y después continúa.

El argumento es **inoperante**, toda vez que dicha manifestación no combate la Resolución Recurrída. La existencia de un espacio en blanco dentro de la Resolución Recurrída no afecta los derechos de Telcel, máxime cuando en un órgano deliberativo existen ajustes en el estilo de un texto derivado del engrose que se deba hacer para incorporar las conclusiones a las que arribó el Pleno de la CFC.¹⁷⁵

¹⁷³ “Al respecto, debe señalarse que las manifestaciones de Telcel son genéricas por lo que no es posible atenderlas de manera específica; sin embargo, cabe mencionar que el capítulo 2 del DP denominado Consideraciones de Derecho, tuvo por objeto indicar los preceptos legales y reglamentarios en que se funda esta Comisión para el inicio, trámite y desahogo hasta la resolución final del procedimiento en que se actúa, siendo éstos los artículos 2, 3, 12, 13, 23, 24 fracción V, en relación al diverso 25, párrafo segundo y 33 bis de la LFCE; 11 a 13 y 53 a 55 del RLFCE y 63 de la LFT. El alcance y efectos que se dio a cada uno de ellos, encuentra plena justificación en cada una de las actuaciones llevadas a cabo por parte de la Comisión durante la integración del presente expediente.

“Así pues, en dicho apartado, se explicó que (...)” Página 86 de la Resolución Recurrída.

¹⁷⁴ “5.1.18 Telcel se refirió de forma general a diversos puntos del capítulo de Antecedentes del DP, señalando que no le son propios. En virtud de lo anterior, no procede realizar contestación particular alguna, ya que simplemente se limitó a hacer mención de los antecedentes de mérito.

“Sin embargo, sobre los puntos del mismo apartado de Antecedentes relativos al acuerdo de inicio, los requerimientos de información, y la incorporación de diversos documentos al expediente, este AEI desarrolla diversas manifestaciones, las cuales son atendidas y analizadas en numerales subsecuentes de esta resolución.” Página 86 de la Resolución Recurrída.

¹⁷⁵ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: **“DICTAMENES EN MATERIA LABORAL. SON PROYECTOS.** El hecho de que una Junta de Conciliación y Arbitraje emita dictamen o proyecto de laudo, y de que éste sea aprobado por unanimidad de votos, no implica la existencia del fallo o laudo, pues dicho dictamen o proyecto no deja de ser sino la opinión de quien lo formula, y los miembros de la Junta pueden o no aceptarlo. En cambio, una vez efectuado el engrose del mismo proyecto, y firmado éste por los integrantes de la Junta, es cuando técnica y jurídicamente existe ya el laudo respectivo, máxime que incluso el artículo 543 de la Ley Federal del Trabajo en vigor, presupone el caso de que aun ya aprobado tal dictamen o proyecto, cualesquiera de los representantes ante la Junta puede negarse a firmarlo, y es el propio precepto el que indica el método a seguir.” Localización: (TA); 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 4, Sexta Parte; Pág. 39.

H) Sobre las violaciones procesales en actuaciones posteriores al cierre de la investigación, se afirma que "Telcel no señala en qué le afectan los actos antes referidos ni vierte argumentos al respecto". Lo mismo sucede a las manifestaciones sobre la aplicación retroactiva de normas.

El argumento es infundado. Contrario a lo afirmado por Telcel, la Comisión sí abordó la cuestión que se le planteó. El texto que cita fue tomado del punto 5.1.17 de la Resolución Recurrída, donde es constatable que sí se analizó la legalidad de los extremos planteados.¹⁷⁶

I) Sobre "la falta de investigación y análisis independiente e imparcial y, de la falta de sustento fáctico y probatorio respecto de Telcel", (páginas 109 a 117) se desestima con el argumento de que "este AEI no justifica por qué le ocasiona perjuicio"-no obstante reconocer que pudo conocerla-, que "no especifica la información que se encuentra en tal supuesto, ni del por qué cierta información tendría que ser corroborada o ratificada", que se negó a cumplir los requerimientos de información y que "no precisa la información que en su criterio faltó allegar dentro del presente procedimiento y que le hubieren dado el carácter de "completo" al análisis. Tampoco identifica los hechos, conductas y cuestiones que debían ser "corroborados" para verificar la certeza y precisión de los mismos, y que, por la misma razón, según entiende la manifestante, adolecen de veracidad y precisión" y que "sería incongruente utilizar información de personas que no lo fueran (partes interesadas o involucradas)", que "no resulta claro el señalamiento de que para sustentar el DP se utilizó de "parte interesada o involucrada" y no de fuentes imparciales (...)" pues Telcel "no identificó cuáles serían las "fuentes imparciales" y, en tal caso, las razones para requerir tal información y documentación. Más aún, este AEI no indica cuál o quién podría ser tal "fuente imparcial" ni justifica de qué manera esa fuente es, o sería, imparcial." Así, pretendiendo desconocer la claridad del castellano, es como se ha pretendido resolver sobre las defensas de Telcel.

Telcel señala que la Comisión señaló que, en relación con el incumplimiento de la carga probatoria que manifestó respecto del DP, "Las manifestaciones antes referidas devienen ineficaces, en virtud de que este AEI no señala el razonamiento lógico jurídico para explicar por qué la situación legal de agregar información procedente de otro expediente no puede constituir prueba en su contra (...) Tampoco explica el manifestante el por qué ello, en todo caso, le para perjuicio, y tampoco señala la razón legal por la que dicha información, que fue utilizada en la parte conducente del DP, es insuficiente o carente de idoneidad".

El argumento es infundado. En la Resolución Recurrída, al abordar las defensas a que alude Telcel en este argumento, la Comisión declaró que Telcel fue omiso en sus manifestaciones; sin embargo, a pesar de ello, la Comisión abordó cada una de las defensas planteadas por Telcel.¹⁷⁷

¹⁷⁶ "Es de aclarar, en primer término, que este AEI confunde el cierre de la investigación con la integración del expediente, que son dos etapas del procedimiento, completamente diferentes e independientes entre sí, como se explica a continuación (...)" Página 84 de la Resolución Recurrída.

¹⁷⁷ "Las afirmaciones sobre una supuesta ilegalidad de la información que esta autoridad agregó al expediente y fue utilizada para emitir el DP, deviene de una interpretación errónea de los antecedentes de dicho documento, en el que se especifica la información que fue allegada dentro del presente expediente de manera oficiosa, con fundamento en las amplias facultades de investigación que esta autoridad detenta de conformidad con lo establecido por los artículos 34 bis 2, segundo párrafo de la LFCE, en correlación con el 61 del RLFCE. Tal proceder no implica de suyo una "ilegalidad en perjuicio directo de Telcel", como lo sostiene la manifestante. Además, este AEI no justifica por qué le ocasiona perjuicio la diversa información que fue agregada al expediente con fundamento en las facultades de investigación con que cuenta esta autoridad de conformidad con lo

J) En la página 97/423 de la Resolución Recurrída, se afirma en forma falsa e ilegal que, en relación con las manifestaciones formuladas por Telcel sobre la indebida determinación del supuesto GIE, "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 a los artículos de la LFCE que han sido excedidos." Sorprende la arbitrariedad de tal conclusión de la autoridad que, parece ni siquiera leyó completo el escrito de manifestaciones, ni siquiera atendió una ejecutoria de amparo dictada a favor de uno de los supuestos integrantes del supuesto GIE.

El argumento es infundado. No asiste la razón a Telcel, ya que, a pesar de lo genérico de sus manifestaciones, se advierte que la Comisión sí analizó su actuación y señaló de manera precisa en la Resolución Recurrída los elementos y el análisis realizado, con los cuales se determinó el grupo de interés económico del que formaba parte dicho agente económico.¹⁷⁸

K) Arbitrariedades constan en las páginas 101 /423 y siguientes de la Resolución Recurrída, en las que se resuelve sobre la falta de fundamentación y motivación del DP y del procedimiento DC-07-2007 que planteó Telcel, pues la Comisión señaló que "estos argumentos son del todo imprecisos, ya que no se identifican en concreto los preceptos que según TELCEL no fueron estudiados y argumentados debidamente al emitirse el DP" y que "Telcel saca de contexto y aísla menciones y referencias que señala, desvinculándolas de sus respectivos análisis, razonamientos, citas y referencias (...) este AEI no tiene razón en sus argumentaciones sobre la falta de motivación."

establecido en el artículo 88 del CFPC de aplicación supletoria,¹⁷⁷ misma que constituye un hecho notorio para esta Comisión por formar parte de los expedientes que se encuentran en sus archivos.

(...) siendo que Telcel no expone con claridad cuál información de la que fue integrada por esta Comisión al expediente, y que provenía de otros expedientes de la presente autoridad, sería coincidente con los supuestos que expone y, por ende, le causaría un perjuicio directo, su mero dicho resulta insuficiente para conocer de manera precisa la información a la que pretende referirse. En caso de que Telcel se refiera a la información de los expedientes OPN-03-2005, DE-37-2006 y DC-06-2007, es de precisar que la misma fue analizada y valorada por esta autoridad, a fin de acreditar situaciones particularmente relacionadas con el presente procedimiento, referentes a las tarifas que pagan diferentes concesionarios por la terminación de llamadas en redes móviles, situación que ha quedado debidamente acreditada dentro de los mismos expedientes y que permitieron a esta Comisión sustentar el inicio del presente procedimiento. Asimismo y contrario a lo afirmado por Telcel, respecto a que la información no fue verificada o ratificada por la autoridad competente, debe puntualizarse que, como se ha señalado anteriormente (en el numeral 5.1.3 de la presente resolución), en relación con la modalidad EQLLPN, la propia Cofetel consideró que las disparidades en tarifas eran indicativas de que los costos por la terminación de llamadas en redes móviles se encontraban muy por debajo de la tarifa de terminación vigente al momento de emitir la Resolución EQLLPN." Páginas 110 y 111 de la Resolución Recurrída.

¹⁷⁸ "(...) aun cuando el manifestante no da los argumentos o razones por los que califica de ilegal la determinación de GIE, es de señalar que como ha quedado argumentado en el numeral que antecede, la Comisión no ha considerado al GIE como resultado de un acto de naturaleza subjetivo y/o volitiva; por el contrario, y como ya se ha señalado, conforme a la LFCE resulta un elemento a ser considerado en un procedimiento de declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante. Cabe advertir que sobre el particular que se contesta, 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.

(...) Ahora bien, es un hecho notorio, que los miembros de la misma familia ejercen indirectamente el control de Telcel, Telmex y Telnor; estas dos últimas a través de Carso Global Telecom, S.A.B. de C.V. (véase Anexo 2-I), y que dicha familia puede nombrar a la mayoría de los miembros de los respectivos consejos de administración y, en consecuencia, determinar el sentido de la toma de decisiones en las citadas empresas. Ese control permite ejercer la dirección de Telcel, Telmex y Telnor como una unidad económica, dirigida a maximizar los beneficios del grupo de interés. En términos de lo anterior, se concluye que existe una dirección económica unitaria, ejercida por un grupo de personas físicas que forman parte de la misma familia sobre las empresas antes citadas, puesto que estas personas son quienes dirigen y deciden sobre los negocios de dichas empresas, actualizándose varios de los supuestos del Anexo 2 de esta Resolución, y que permiten concluir que en este caso estamos frente a un GIE." Páginas 97 a 99 de la Resolución Recurrída.

El argumento es **infundado**, ya que a pesar de los comentarios genéricos de Telcel, la CFC retomó toda la motivación del DP.¹⁷⁹

L) La Resolución Recurrída no ha sido dictada con motivo de un recurso administrativo, sino que es una primera instancia en que debieron resolverse las defensas planteadas como argumentos de defensa y excepciones, no como conceptos de agravio que fue como pretendió apreciarlos esa Comisión.

En cuanto a la forma de contestar las manifestaciones de Telcel en forma de recurso y no como un procedimiento de primera instancia con defensas y excepciones, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, toda vez que no se advierte la existencia de un agravio en perjuicio de Telcel y, de hecho, Telcel mismo no señala en qué le afecta esta forma de resolver, ni cómo cambiaría la Resolución Recurrída al resolverse de otra manera. Independientemente de la forma en que se haya abordado el estudio del DP, lo cierto es que fueron atendidos cada uno de los puntos formulados. Adicionalmente, debe considerarse que la forma de contestación atendió a la manera de presentación de la información por parte de Telcel, ya que este no proporcionó información que modificara la definición de mercado o la determinación de poder sustancial, sino que se limitó a combatir el DP.

M) Es inconcebible que se diga que la improcedencia de un procedimiento lesivo de derechos constituya un argumento fáctico donde no se dice cuál es la afectación o resultan imprecisos. Es absurdo y falso, pues al formular manifestaciones Telcel aclaró cómo es que la instalación de este procedimiento le daña y cuáles son los preceptos transgredidos.

Es infundada la afirmación en el sentido de que las manifestaciones de Telcel son hipotéticas, pues se basó en la ley, la jurisprudencia y hechos públicos y notorios.

Es contradictorio que se sostenga lo anterior y que después se diga que esas mismas consideraciones, siempre sí se toman en cuenta pero no para desvirtuar el DP, sino para confirmarlo en esta resolución, aunque con cambios que afectan a Telcel.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que Telcel no indica a qué argumentos fácticos no se refirió la CFC, ni cuáles argumentos dejaron de considerar su explicación sobre afectaciones; tampoco indica cuáles manifestaciones no eran hipotéticas, ni cuáles se tomaron en su perjuicio sin considerarse los extremos que le resultaban benéficos.

N) No existe un pronunciamiento sobre cada manifestación en relación con la improcedencia del procedimiento por la imposibilidad iniciarlo de oficio y la falta de legitimación activa de la Comisión.

La Comisión pretende agotar el tema limitándose al auto de inicio del procedimiento y su publicación, pero omite hacerlo sobre el expediente y el DP, tal como Telcel lo hizo valer.

¹⁷⁹ “En relación con la supuesta falta de motivación, la revisión de los títulos 3, 4 y 5 del DP permite comprobar que éste se encuentra debidamente motivado, ya que contienen los análisis efectuados con riguroso apego a los criterios establecidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, y 11 a 13 del RLFCE, por lo que resulta claro que Telcel simplemente pasó por alto que todos los elementos relacionados y analizados a lo largo de los numerales del 3.1 a 5.33 del DP, precisamente corresponden al estudio de los criterios contenidos en los artículos antes citados, con base en las constancias que obra en el expediente. A continuación se indican los principales aspectos que fueron desarrollados y analizados en dichas secciones del DP (...)” Página 102 de la Resolución Recurrída.

En cuanto a las omisiones sobre la improcedencia del procedimiento, imposibilidad de iniciarlo de oficio y la falta de legitimación, respecto al expediente y el DP, el argumento es **infundado**. Contrario a lo que señala Telcel, la CFC sí abundó acerca de sus argumentos sobre la falta de legitimación respecto el acuerdo de inicio, así como del DP, esto en el apartado 5.1.19 de la Resolución Recurrída.¹⁸⁰

Respecto a la improcedencia y falta de legitimación de la CFC sobre el Expediente, debe apuntarse que el argumento resulta **inoperante**, ya que Telcel no indica qué etapas procesales se encuentran, a su consideración, viciadas y los argumentos lógico-jurídicos para sustentar sus argumentos.

Telcel pretende considerar al Acuerdo de inicio, la emisión del DP, la emisión de la Resolución Recurrída, así como el Expediente en general, como facultades discrecionales que la CFC debe fundar y motivar en forma exhaustiva, lo cual es incorrecto, ya que sólo la potestad de iniciar el procedimiento de oficio constituye una facultad discrecional, pues la consecuencia del procedimiento, así como la emisión de resoluciones son facultades regladas que no están sujetas a la potestad discrecional de dicha autoridad. Es decir, una vez comenzado el procedimiento, la Comisión no puede dejar de darle consecución, no tiene facultades para dejar de emitir sus resoluciones preliminares o definitivas (como el DP y la Resolución Recurrída). De ahí que el argumento sea **infundado** respecto de la Resolución Recurrída, el DP y el Acuerdo de inicio; e **inoperante por manifestaciones genéricas** respecto el Expediente en general (pues no indica en específico los actos procesales viciados). Lo anterior, sin perjuicio de que Telcel no señala qué actos del procedimiento no fueron motivados y fundados debidamente.

O) No hay pronunciamiento sobre la solicitud de cierre presentada por Telcel derivada de la admisión de la prueba superveniente consistente en la resolución dictada en el expediente DC-08-2007.

Sobre la falta de pronunciamiento respecto a la petición de cierre del procedimiento derivada de la prueba superveniente consistente en la copia de la resolución dictada en el expediente DC-008-2007, dicho argumento ya ha sido analizado en el apartado 3.9.2 de esta resolución.

P) No se pronuncia sobre el escrito de catorce de febrero de dos mil ocho sobre fe de erratas de la lista de notificación.

Acerca de las omisiones en la Resolución Recurrída sobre las manifestaciones formuladas en el escrito de catorce de febrero de dos mil ocho acerca de la fe de erratas, las mismas ya han sido analizadas en los apartados 3.8.1 y 3.8.2 de esta resolución, indicándose que, para efectos de esta resolución, sus manifestaciones resultan inoperantes y que cuenta con los

¹⁸⁰ "5.1.19 Telcel señala que los preceptos y reglas que se citan en el apartado con tal designación del DP, carecen de los alcances y efectos que se les pretende dar, y que se mencionan de manera general sin que se hiciera una explicación de su aplicación.

Al respecto, debe señalarse que las manifestaciones de Telcel son genéricas por lo que no es posible atenderlas de manera específica; sin embargo, cabe mencionar que el capítulo 2 del DP denominado Consideraciones de Derecho, tuvo por objeto indicar los preceptos legales y reglamentarios en que se funda esta Comisión para el inicio, trámite y desahogo hasta la resolución final del procedimiento en que se actúa, siendo éstos los artículos 2, 3, 12, 13, 23, 24 fracción V, en relación al diverso 25, párrafo segundo y 33 bis de la LFCE; 11 a 13 y 53 a 55 del RLFCE y 63 de la LFT. El alcance y efectos que se dio a cada uno de ellos, encuentra plena justificación en cada una de las actuaciones llevadas a cabo por parte de la Comisión durante la integración del presente expediente." Página 86 de la Resolución Recurrída.

medios legales para formular en forma directa sus quejas contra los servidores públicos de la CFC.

Q) No se pronuncia sobre la petición de identificar la causa de excusa planteada por el comisionado José Agustín Navarro Gergely.

En cuanto a la información sobre la excusa del entonces Comisionado José Agustín Navarro Gergely, en el 3.11.3 de esta resolución ya se ha abordado el tema, indicando que dicha recusación es inatacable.

R) No se pronunció sobre la objeción de documentos formulada por Telcel. Es de relevancia, pues con base en esas documentales se pretenden desestimar las defensas planteadas (Telcel planteó una objeción de documentos sobre todos los documentos sin especificar que alcance debían tener las pruebas objetadas, esto al final de su escrito de manifestaciones).

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 CFC omitió entrar al estudio de la objeción de documentos formulada por Telcel en la Resolución Recurrída,¹⁸¹ la misma no alcanza a desvirtuar el contenido de 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 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 CFC. Es manifiesta la variedad de documentales que obran en el Expediente y cada documento tiene una finalidad distinta, de ahí que resulte necesario que Telcel indique cómo es que los documentos que indica arrojan un resultado distinto a las conclusiones de dicha autoridad.¹⁸²

¹⁸¹ "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 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." Páginas 119 y 120 del escrito de manifestaciones de Telcel.

¹⁸² En apoyo a lo anterior se citan 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.

Así como: "**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

S) Señala la Comisión que los argumentos de Telcel son infundados y que no se demostró lo que la manifestante debía haber demostrado. No se trata que un procedimiento regido bajo el principio dispositivo, se dice 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 CFC 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 tendrían una conclusión distinta a la que determinó la CFC en la Resolución Recurrída.

Debe mencionarse también que Telcel no aportó ningún elemento de prueba derivado directamente de su actividad económica, como serían cifras o costos y en todo momento eludió dicha obligación privilegiado por un amparo.

T) La Resolución Recurrída emite declaraciones con tono de adversario, asumió el papel de contraparte de Telcel, convirtiéndose en parte interesada.

Cito las siguientes partes de la resolución de 27 de octubre de 2011:

1. Página 33/423: "En sus manifestaciones, los agentes económicos con interés en el procedimiento administrativo... plantean y presentan argumentos sobre diversos temas y aspectos del DP que tienen relación directa, guardan identidad o se repiten en diversas secciones de sus escritos. En virtud de lo anterior, las respuestas de esta autoridad se presentarán de acuerdo con los temas expuestos y los argumentos centrales que abordó cada AEI, relacionando las manifestaciones a las que correspondan."

2. Página 35/423: "Por otro lado, debe señalarse que no se contestan las manifestaciones sobre constitucionalidad, legalidad y validez de las disposiciones legales y reglamentarias que sustentan este procedimiento y el DP...". En iguales términos en la página 126/423.

3. Página 86/423: "Telcel se refirió de forma general a diversos puntos del capítulo de Antecedentes del DP, señalando que no le son propios. En virtud de lo anterior, no procede realizar contestación particular alguna,..."

Página 89/423: "Uso innecesario, indebido e ilegal del concepto de GIE... A continuación se procede a dar respuesta a las manifestaciones de Telcel antes citadas."

5. Página 108/423: "5.1.25. TELCEL también sostiene que no existe fundamentación ni motivación que permitan abordar en el DP y a través de un solo procedimiento de declaratoria de poder sustancial, una "pluralidad de mercados", como sucedió en el

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.

presente caso. De forma general, la manifestante utiliza y repite los mismos argumentos sobre la multiplicidad de mercados que plantea en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento, los cuales fueron contestados en el numeral 5.1.4. de esta resolución. En razón de lo anterior, la respuesta de la Comisión presentada en el citado numeral es aplicable..."

En cuanto al supuesto tono de adversario que la CFC ha asumido respecto a Telcel, el argumento es inoperante por no ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas o trascienda al sentido de la Resolución Recurrída. De lo descrito por Telcel sólo se desprende que dicha autoridad 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 de la fracción VI del artículo 33 de la LFCE y conforme a las constancias del Expediente.

U) Señala Telcel que, si el mercado relevante fuese el que dice la Resolución Recurrída y el DP, la resolución sería unánime respecto el resto de los concesionarios.

La división de criterios en los integrantes del Pleno hace evidente que la Resolución Recurrída es incongruente en sí misma y que el procedimiento está dirigido contra mi mandante.

Esta situación deja en incertidumbre e indefensión a mi mandante.

Por cuanto al sentido distinto de la votación de los Comisionados, el argumento es inoperante por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, respecto a Telcel la opinión fue unánime, así que cualquier divergencia de opiniones respecto de otros agentes económicos no le causa perjuicio alguno. Lo anterior sin perjuicio de que la LFCE no prevé que los asuntos deban ser resueltos en forma unánime por los integrantes del Pleno de la autoridad en cuestión.

No es óbice mencionar que la LFCE prevé la posibilidad de que los Comisionados que integran el Pleno de la CFC puedan disentir en su opinión respecto a los criterios de la mayoría, sin que esto implique una violación de los derechos de los gobernados, por el contrario, es reflejo del espíritu deliberativo de dicha autoridad.¹⁸³ La interpretación de Telcel lleva al extremo de suponer que las resoluciones que se deciden por mayoría son ilegales, lo cual es manifiestamente incorrecto.

3.12.4.2. Anexo 2.

La Resolución Recurrída es incongruente, pues la Comisión resolvió asuntos ajenos a la litis del Expediente.

El Anexo 2 es contradictorio con el expediente. En la página 12 del Anexo, se sostiene:

¹⁸³ "El Pleno estará integrado por cinco comisionados, incluyendo al Presidente de la Comisión. Deliberará en forma colegiada y decidirá los casos por mayoría de votos, teniendo su Presidente voto de calidad. (...)" Artículo 25 de la LFCE.

"Por otro lado, la identificación del GIE al que pertenece cada uno de los Participantes en la Licitación es necesaria para efectos de determinar lo previsto en los numerales 22.1 de las Bases de Licitación, respecto de la aplicación de un límite máximo a la acumulación de espectro; y 5.2 de las Bases de Licitación, respecto de quiénes podrán participar en los concursos, que a la letra señalan:

"22.1. A fin de prevenir concentraciones del espectro radioeléctrico contrarias al interés público, los Participantes en la Licitación deberán sujetarse a la opinión que emita la (Comisión), aplicando un límite máximo de acumulación de espectro de 70 MHz por Región (PCSI celular) completa o parcial, tanto del participante como del grupo de interés del que sea miembro, conforme a los numerales 5.2 y 22.2.1."

"5.2. Cuando una persona o Grupo de Inversionistas haya sido considerado como parte de GIE en la respectiva Resolución de (la Comisión), sólo uno de los integrantes de dicho GIE podrá participar en un mismo concurso y una misma Región."

"Nota 1: El presente anexo está conformado por información de dos tipos: confidencial, en virtud de que se integró con información que fue clasificada y resguardada con ese carácter dentro del presente procedimiento administrativo; y pública, en virtud de que se halla en registros públicos o fuentes de acceso público.

"Nota 2. La conformación de los grupos de interés económico que se realiza en el presente anexo se determinó con base en la información relevante que obra en los expedientes que corresponden a la presente licitación y la información que presentaron los agentes económicos que solicitaron opinión respecto de su participación en dicha licitación. Por tanto el número de agentes económicos que integran a cada uno de los grupos de interés económico analizados para la presente licitación, puede ser mayor o menor al que se observa en otros expedientes radicados ante esa Comisión, sin que por ello cambien de forma significativa los mismos, desde el punto de vista del control de ellos."

La Comisión pensó que se trata de resolver una consulta u opinión solicitada en relación con una licitación. Eso resulta contradictorio.

Ello demuestra la inconsistencia de la resolución de su determinación sobre supuestos grupos de interés económico, y el Anexo 2.

Ello demuestra que en este procedimiento DC-07-2007 y en la materia que lo integra, el análisis de GIE hecho para incluir a Telcel en uno de ellos carece de un fundamento que lo autorice.

Debe considerarse la advertencia contenida en la Nota 2 del Anexo 2, en comparación con el contenido del numeral 7 del Anexo 2-1. En uno se dice que los grupos de interés económico cambian su integración de un expediente a otro; mientras en el numeral 7, se pretende justificar la supuesta integración de Telcel a un grupo por lo resuelto en dos expedientes de los que ni siquiera fue parte.

Los argumentos respecto a los errores en el anexo dos de la Resolución Recurrída son **fundados** para modificar dichos errores, subsistiendo en todo tiempo el sentido y esencia de la Resolución Recurrída y los anexos que la integran.

Asiste la razón a Telcel en que la CFC transcribió párrafos en el anexo dos, los cuales no corresponden a la materia de la Resolución Recurrída, los cuales se transcriben a continuación:

“Por otro lado, la identificación del GIE al que pertenece cada uno de los Participantes en la Licitación es necesaria para efectos de determinar lo previsto en los numerales 22.1 de las Bases de la Licitación, respecto de la aplicación de un límite máximo a la acumulación de espectro; y 5.2 de las Bases de la Licitación, respecto de quiénes podrán participar en los concursos, que a la letra señalan:

“22.1. A fin de prevenir concentraciones del espectro radioeléctrico contrarias al interés público, los Participantes en la Licitación deberán sujetarse a la opinión que emita la (Comisión), aplicando un límite máximo de acumulación de espectro de 70 MHz por Región (PCS/celular) completa o parcial, tanto del participante como del grupo de interés del que sea miembro, conforme a los numerales 5.2 y 22.2.1.”

“5.2. Cuando una persona o Grupo de Inversionistas haya sido considerado como parte de un GIE en la respectiva Resolución de (la Comisión), sólo uno de los integrantes de dicho GIE podrá participar en un mismo concurso y una misma Región.”

“Nota 1: El presente anexo está conformado por información de dos tipos: confidencial, en virtud de que se integró con información que fue clasificada y resguardada con ese carácter dentro del presente procedimiento administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 bis, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica; y pública, en virtud de que se halla en registro públicos o fuentes de acceso público.

“Nota 2: La conformación de los grupos de interés económico que se realiza en el presente anexo se determinó con base en la información relevante **que obra en los expedientes que corresponden a la presente licitación y la información** que presentaron los agentes económicos **que solicitaron opinión respecto de su partición en dicha licitación**. Por tanto, el número de agentes económicos que integran a cada uno de los grupos de interés económico analizados **para la presente licitación**, puede ser mayor o menor al que se observa en otros expedientes radicados ante esta Comisión, sin que por ello cambien de forma significativa los mismos, desde el punto de vista del control de ellos.”¹⁸⁴ (Énfasis añadido)

Para tales efectos, el Pleno del Instituto, de conformidad con el artículo 39, párrafo segundo, de la LFCE, modifica el anexo dos de la Resolución Recurrída¹⁸⁵ en los siguientes términos:

¹⁸⁴ Página 12 del Anexo 2 de la Resolución Recurrída.

¹⁸⁵ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: **“ACLARACIÓN DE SENTENCIA POR ERRORES EN SU TEXTO. EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEBE HACERSE CUANDO ALTEREN EL CONTENIDO DE PRECEPTOS APLICADOS O DE OTROS ELEMENTOS DE IMPORTANCIA.** Cuando se advierte que en una sentencia se transcribieron diversas normas jurídicas para sustentar sus razonamientos o algunos otros elementos con ese propósito, pero con errores en la reproducción, atendiendo a la publicación oficial que se hizo de dichas normas o de esos elementos, debe aclararse oficiosamente la resolución, a efecto de salvaguardar la garantía de seguridad jurídica de las partes mediante la cita correcta de los preceptos o elementos invocados en el fallo, sin que lo anterior proceda cuando las erratas en que se incurra, tanto por su cantidad como por su calidad, resulten irrelevantes, como pudieran ser los errores ortográficos o mecanográficos y la omisión o la transposición de letras o palabras, siempre y cuando no conviertan en confuso o ambiguo el texto, evitándose en esta forma caer en rigorismos excesivos que se apartan del objetivo de la institución de que se trata.” Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Marzo de 2008; Pág. 1132, P./J. 11/2008.

i) De la página doce, deberán ser eliminados los párrafos dos, tres y cuatro;¹⁸⁶

ii) Del párrafo seis, deberán suprimirse los siguientes fragmentos: “que obra en los expedientes que corresponden a la presente licitación y la información”, “que solicitaron opinión respecto de su partición en dicha licitación” y “para la presente licitación”; con lo que dicho párrafo quedaría de la siguiente manera:

“Nota 2: La conformación de los grupos de interés económico que se realiza en el presente anexo se determinó con base en la información relevante que presentaron los agentes económicos. Por tanto, el número de agentes económicos que integran a cada uno de los grupos de interés económico analizados, puede ser mayor o menor al que se observa en otros expedientes radicados ante la CFC, sin que por ello cambien de forma significativa los mismos, desde el punto de vista del control de ellos.”

Por lo que, no se modifica el sentido de la Resolución Recurrída.

En cuanto a la supuesta contradicción, debe señalarse que el argumento es **infundado**. La razón por la que en cada expediente el número de personas morales que conforman un GIE puede variar es por la finalidad del procedimiento y el mercado que se investiga, así, en el caso de un GIE que concurre en múltiples mercados, puede ser que para efectos de una investigación en un determinado mercado, resulte irrelevante levantar el velo corporativo en cuanto a las sociedades que no tengan relación directa ni indirecta con el mercado que se esté investigado, motivo por el cual se coloca la nota aclaratoria.

Debe apuntarse que en el caso concreto, la integración del grupo económico de Telcel ha sido sustancialmente la misma, teniendo los mismos efectos para todos los casos, motivo por el cual, la CFC estuvo en aptitud de relacionar la integración del GIE que subsiste en otros procedimientos, sin que se alterara la materia de éste.

3.12.5. Defensas XII y XIII del escrito de manifestaciones

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos, sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

A) La Resolución Recurrída es ilegal, pues aun cuando la propia Comisión concedió entidad y procedencia a las manifestaciones formuladas por Telcel, no se tradujeron en la

¹⁸⁶ “Por otro lado, la identificación del GIE al que pertenece cada uno de los Participantes en la Licitación es necesaria para efectos de determinar lo previsto en los numerales 22.1 de las Bases de la Licitación, respecto de la aplicación de un límite máximo a la acumulación de espectro; y 5.2 de las Bases de la Licitación, respecto de quiénes podrán participar en los concursos, que a la letra señalan:

“22.1. A fin de prevenir concentraciones del espectro radioeléctrico contrarias al interés público, los Participantes en la Licitación deberán sujetarse a la opinión que emita la (Comisión), aplicando un límite máximo de acumulación de espectro de 70 MHz por Región (PCS/celular) completa o parcial, tanto del participante como del grupo de interés del que sea miembro, conforme a los numerales 5.2 y 22.2.1.”

“5.2. Cuando una persona o Grupo de Inversionistas haya sido considerado como parte de un GIE en la respectiva Resolución de (la Comisión), sólo uno de los integrantes de dicho GIE podrá participar en un mismo concurso y una misma Región.”

desestimación del DP y el cierre del Expediente, sino en la inverosímil confirmación de ese acto y su modificación indebida en la Resolución Recurrída.

Se insiste, el artículo 63 de la LFT, como los numerales 11, 12, 13 y 33 Bis de la LFCE únicamente aluden a un mercado relevante, por lo que tales disposiciones no autorizan a que en un mismo procedimiento se definan diversos mercados y se impute poder sustancial en ellos a una multiplicidad de agentes por ello, contradice a la ley aplicable.

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 Recurrída.

En cuanto a que no se puede definir varios mercados en un solo procedimiento, esto es inoperante por reiterativo, el argumento tuvo respuesta en el apartado 5.1.25 de la Resolución Recurrída,¹⁸⁷ así como en el apartado 3.13.2 de esta resolución.

B) Lo cierto es que jurídicamente, 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 DP no fueron desvirtuados como lo pretende la Comisión.

En particular destaca la forma en 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.

Por ejemplo, los argumentos presentados por Telcel respecto de la indebida determinación de un grupo de interés económico debieron impactar la definición del mercado relevante y el poder sustancial, pero la Comisión prefirió no hacer tal ajuste como era necesario y por demás congruente con lo que resolvió a modificar la integración del supuesto grupo en que mencionó indebidamente a Telcel.

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 del artículo 12 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 de sus participantes, para poder así determinar la existencia de poder sustancial.

¹⁸⁷ “5.1.25 Telcel también sostiene que no existe fundamentación ni motivación que permitan abordar en el DP, y a través de un solo procedimiento de declaratoria de poder sustancial, una “pluralidad de mercados”, como sucedió en el presente caso. (...) Finalmente es necesario aclarar que no es verdad lo afirmado por Telcel, respecto a que dentro del presente procedimiento se hayan determinado una multiplicidad de mercados en los que participara esta empresa como agente con poder sustancial.”
Página 108 de la Resolución Recurrída.

Acerca del impacto que debieron generar los argumentos sobre GIE, se remite a los apartados 3.7.4.3 y 3.7.4.4 de esta resolución, en los cuales se determinó que el análisis del grupo de interés al que pertenece Telcel tiene como finalidad conocer las características, intereses e incentivos de dicho agente.

C) Por otro lado, en el fondo se imputa como elemento contrario a Telcel el que cuente con concesiones para operar en todas las regiones del país, sin tomar 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, 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, de la LFCE y 11, fracciones II y VII, del RLFCE.

D) La resolución que se combate 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 DP, resulta incorrecta, falaz, ad hoc, inexacta, imprecisa y carente de sustento fáctico y legal.

En efecto, no es un secreto que de la amplitud o particularidad con que se haga la clasificación de los mercados dependerá el resultado a que se llegue. De esta forma, mientras más amplia resulte la definición del mercado relevante, menor posibilidad habrá de que se pueda concluir que existen prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si la clasificación de mercado es limitada o particular, se cae en el riesgo de crear mercados falaces, contruidos ad hoc, es decir de crear una situación específica para que un solo agente económico encuadre en ella, lo que es improcedente e ilegal.

Tal situación es la que ha tenido lugar en el expediente que nos ocupa, pues indebidamente se fijó un mercado en el que por definición y necesidad, al ser el único concesionario de su red según las concesiones que le otorgó el Gobierno Federal, Telcel necesariamente tendría poder sustancial en él, lo que demuestra la falacia en que incurre la Comisión y la improcedencia del mercado que ha definido, sobre todo si el fin último del procedimiento es emitir e imponer obligaciones específicas en perjuicio de Telcel. En efecto, la determinación del mercado ad hoc equivale a ordenar que se expida una ley privativa en perjuicio de Telcel.

El argumento es inoperante por reiterativo. Sobre la definición tan estrecha de mercado relevante se remite al apartado 5.1.38 de la Resolución Recurrída,¹⁸⁸ donde se indica que la

¹⁸⁸ "(...) Telcel simplemente ignora el hecho fundamental y característico de toda RPT ubicada en el territorio nacional, el cual implica que cada concesionario es el único que posee los medios para entregar a sus clientes las llamadas generadas en redes de otros concesionarios y, en consecuencia, que cada Concesionario SLM es el único oferente del servicio de terminación de llamadas en su red, puesto que todos y cada uno de los números de sus usuarios finales sólo pueden ser contactados y atendidos, por razones técnicas, en esa red móvil, y no a través de la red de cualquier otro prestador de servicios móviles. Estos hechos determinan el que la red de cada Concesionario SLM sea un mercado relevante distinto y distinguible, y que cada uno de los respectivos operadores móviles (Telcel, Pegaso PCS/Concesionarias A y Concesionarias B) tenga poder sustancial como único oferente de los STCRM en el mercado correspondiente, dadas las barreras absolutas a la entrada que existen en cada uno de esos mercados. En suma, a la luz de la inexistencia de alternativas a la terminación de llamadas que se efectúa en cada red móvil en virtud de sus características técnicas, es claro que sus afirmaciones sobre mercados falaces y ad hoc no tienen sustento.

definición obedeció a las características de la red y a las condiciones regulatorias aplicables al mercado relevante.

E) Para la determinación del mercado "relevante" debieron considerarse adecuada y materialmente los criterios que expresamente señala el artículo 12 de la LFCE, cuyo 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.

No es suficiente que la autoridad estime, presuma, o infiera un hecho sin que quede plenamente demostrado y acreditado, previa la calificación o determinación correspondientes. Los supuestos hipotéticos, probables o de cualquier otra forma teóricos, que no se basen en una situación concreta, específica y acreditada no pueden ser elementos constitutivos de la determinación del mercado relevante ni constituir su sustento fundamental o motivacional.

De manera tal que, por ejemplo, si la ley constriñe a la autoridad al análisis de costos por la sustitución de un bien o servicio, debe especificar cuáles son éstos, la forma en que los obtuvo y se cercioró de su validez y el impacto o consecuencia que de ellos se deriva. Asimismo, si la ley habla de restricción del abasto, la autoridad debe señalar y acreditar expresamente la conducta específica que a ello se dirija.

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.

El argumento es inoperante por reiterativo, las afirmaciones acerca de que la investigación parte de supuestos no comprobados y las supuestas omisiones, tales como en análisis de costos por la sustitución, fueron estudiadas en apartado 5.1.40 de la Resolución Recurrída.¹⁸⁹

Adicionalmente, debe considerarse que el poder sustancial, no constituye una conducta, sino una situación de hecho en la que se encuentra un agente respecto a un bien o servicio del cual tiene la capacidad de fijar o restringir el precio o abasto, lo cual es distinto a un abuso de dominancia, que constituye el ejercicio de dicha capacidad de fijar o restringir con fines anticompetitivos.

(...) la forma que se definieron los mercados relevantes no lleva, ni puede llevar o equivale "a ordenar que se expida una ley privativa en perjuicio de Telcel", ni de ningún otro Concesionario SLM, porque el procedimiento que nos ocupa sólo tiene por objeto determinar si existe poder sustancial en los mercados relevantes, lo cual es independiente de cualquier decisión regulatoria que, con fundamento en el artículo 63 de la LFT, eventualmente llegara a expedir la Cofetel o la SCT sobre los mercados relevantes de STCRM. Lo anterior se aborda con mayor detalle en el numeral 5.1.10 de esta Resolución." Página 144 de la Resolución Recurrída.

¹⁸⁹ "No tiene razón Telcel cuando afirma que no se siguieron ni agotaron todos los requisitos establecidos en la LFCE para determinar el servicio relevante y analizar sus sustitutos, ya que a través de la revisión integral de todos los puntos del apartado 4 se verifica claramente que el DP contiene el análisis que marca la LFCE, y que en el mismo se presentan las razones jurídicas, técnicas o científicas y económicas para sustentarlo (una descripción más detallada de este análisis se presenta en el siguiente numeral de esta Resolución). Por su parte, este AEI simplemente se limita a realizar afirmaciones vagas que no permiten conocer realmente cuáles son los requisitos exigidos por la ley que a su parecer no fueron agotados.

(...) En cuanto al análisis de "costos por sustitución" que menciona este AEI, es necesario aclarar que: i) en el artículo 12 de la LFCE en ningún momento se señala el término antes citado (...) ii) en los numerales 4.11 y 4.14 a 4.16 del DP se presentan los elementos y razones que sustentan que no existen sustitutos del servicio relevante (...); iii) resulta imposible e innecesario analizar los costos de lo que no existe; de ahí que la LFCE para ese supuesto tampoco lo exija." Página 149 de la Resolución Recurrída.

Es decir, en este procedimiento, no se analiza si un agente cometió una conducta abusando de su situación (situación de hecho consistente en contar con poder sustancial), sino, únicamente, si existe o no la situación de hecho (la presencia de su agente económico con poder sustancial); es decir, la capacidad de fijar o restringir precio o abasto en forma unilateral, sin que sus competidores puedan contrarrestarlo. De ahí que no sea necesario que se acredite una fijación o restricción, sino, únicamente, la capacidad (potencia) para hacerlo.

F) Además, contiene una serie de imprecisiones y errores sobre el análisis de las características del sector (concretamente de que se trata de una industria regulada) y la regulación de telecomunicaciones y sus efectos, por lo que califica incorrecta e inadecuadamente el mercado relevante y la participación de Telcel.

La definición del mercado relevante que se llevó a cabo en este procedimiento DC-07-2007 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.

Lo cierto es que, por más que se niegue la existencia de una absoluta inmunidad de las industrias reguladas respecto de las leyes de competencia económica, el aspecto regulatorio no puede ni debe pasar desapercibido para la autoridad al pretender definir el mercado relevante. Es decir, hay un necesario impacto de lo regulatorio que debe ser reconocido y atendido, so pena de anular los derechos de los participantes en esa industria y definir indebidamente los mercados pertinentes.

La presencia de cierto cúmulo de disposiciones regulatorias, aunque no sea suficiente para conferir una inmunidad absoluta respecto de las leyes de competencia económica, afecta cualquier consideración que pueda hacerse sobre el mercado relevante y el poder sustancial que pueda tenerse en él cuanto las dimensiones precisas de la adquisición o del mantenimiento voluntario y premeditado de ese poder.

Desde luego, la cita de algunos preceptos o reglas que intentó la Comisión para cubrir el aspecto regulatorio es, a todas luces, insuficiente, sobre todo si al hacer definiciones se olvida de lo que acaba de transcribir, como sucede en el caso, o bien dice que lo dicho ahí es insuficiente o pierde eficacia normativa porque los agentes económicos ejercen medios de defensa legal procedentes al respecto.

Se insiste, es por ello que 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. Por ello, no hay que basarse en estadísticas, sino en la habilidad para controlar, que se desvanece e inclusive desaparece ante la ausencia de un grupo debidamente definido y por la presencia de una autoridad reguladora que, como la Cofetel en este caso, está facultada para emitir normas vinculativas que establecen modalidades de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y, además, tienen competencia para registrar tarifas e inclusive para en algunos casos resolver desacuerdos que puedan surgir

en cuanto a los convenios de interconexión que deban llevar a cabo los concesionarios. En tal virtud, 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.

Por más que se citen reglas y artículos o se mencionen resoluciones administrativas, todo el aspecto del mercado regulado en realidad escapa del análisis que la Comisión plasmó en el DP y la Resolución Recurrída sobre el mercado relevante y el poder sustancial, lo que demuestra su improcedencia.

Los numerales concretos del apartado respectivo de la Resolución Recurrída son inconducentes, por consistir en simples transcripciones o paráfrasis, o bien resultan irrelevantes, incompletos, tendenciosos y parciales, ajenos a cualquier demostración objetiva y carente de una causa eficiente.

Sobre las imprecisiones en que incurrió la Comisión al no considerar las características del sector, el argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, ya que Telcel únicamente señala que se trata de una industria regulada, pero no explica las razones por las que considera que el estudio realizado en la determinación del mercado relevante no es correcta ni específica, o qué implicaciones y alcances no se analizan.

Por su parte, no explica qué efectos o consecuencias jurídicas y económicas de la regulación se omitieron, pues por un lado Telcel reconoce que se hizo un análisis para cubrir el aspecto regulatorio, sin embargo no dice las razones por las que estima que dicho análisis es insuficiente. Tampoco explica qué definiciones olvidaron lo transcrito anteriormente o pierden eficacia porque se ejercen medios de defensa legal, ni porqué el análisis resultó irrelevante, incompleto, tendencioso o parcial.¹⁹⁰

El argumento relativo al incorrecto uso de estadísticas para determinar el poder sustancial de mercado (como la tenencia accionaria o la participación en el mercado), por encima del análisis de control, para determinar la existencia de un grupo de interés económico resulta también inoperante por manifestaciones genéricas y por no afectar el sentido de la Resolución Recurrída, ya que Telcel no especifica cuáles fueron las estadísticas utilizadas. Debe tomarse en cuenta que la tenencia accionaria sobre una empresa no constituye una estadística, sino un hecho comprobado, pues la conformación accionaria de las empresas integrantes del grupo de interés económico deriva del análisis de los estatutos y documentos societarios de la empresa.

G) Adicionalmente, existen errores independientes en la Resolución Recurrída 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 Recurrída sean innecesarias e inatendibles.

¹⁹⁰ Adicionalmente debe considerarse que la Comisión sí hizo un análisis de la regulación aplicable, como ejemplo se refiere a las páginas 408, 411 a 413 y 417 a 418 de la Resolución Recurrída.

Acerca de la omisión en el estudio de su décimo tercer defensa y la oscuridad y falta de sustento en la determinación de poder sustancial y el uso de participaciones de mercado para sustentar dicho poder, dichos argumentos son inoperantes por manifestaciones genéricas. Telcel no señala cuáles son los argumentos de dicha manifestaciones que se dejaron de estudiar, ni cómo trascenderían al sentido de la Resolución Recurrída; tampoco indica qué argumentos resultan oscuros y en qué trascendería el uso de la participación de mercado en la determinación de poder sustancial.

H) Señala Telcel que de la simple lectura del apartado de la resolución impugnada se desprende que en innumerables ocasiones se parte de supuestos no demostrados, de indicios oscuros, de hechos sin comprobar, de situaciones hipotéticas, de presunciones y de conjeturas, de manifestaciones de otros concesionarios carentes de demostración o comparación, que por ende son insuficientes para poder sostener el poder sustancial de persona alguna so pena de hacer nugatorios sus derechos. No hay análisis, estudio o consideración concreta y adecuada sobre la importancia de los supuestos efectos a que se alude a lo largo de los numerales del apartado respectivo, ni sobre sus consecuencias demostradas. Además, tal apartado nuevamente contiene una serie de imprecisiones y errores y omite el análisis de las características del sector (concretamente de que se trata de una industria regulada, así como de los alcances de esa regulación) y, por ende, califica incorrecta e inadecuadamente el supuesto poder de Telcel. De manera tal que el supuesto poder sustancial en el mercado relevante que se imputa a Telcel ha sido indebidamente determinado.

El argumento es inoperante por manifestaciones genéricas, toda vez que Telcel no señala cuáles son los hechos no comprobados en que se basó la CFC. Debe considerarse que la conclusión acerca de la existencia de poder sustancial constituye la conclusión lógica de una serie de hechos técnicos (como la imposibilidad de que otro agente distinto a Telcel termine llamadas en la red de Telcel) y regulatorios acreditados (como las RSL y el RSLD), de los cuales, Telcel no señala cuáles carecen de sustento probatorio.

3.13. Procedimiento de declaratoria

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que excepto de los numerales 3.13.3.1 y 3.13.3.2, el resto de ellos no se encuentra en los supuestos, sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenó a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

3.13.1. Carencia de respeto al derecho de audiencia

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

A) La Comisión viola los artículos 1º, 33 bis, 34 bis, último párrafo de la LFCE, 55 y 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC y demás relativos y aplicables, pues viola los derechos de defensa de Telcel, ya que ejerce funciones de investigación, resolución preliminar y Resolución Recurrída por medio de una sola autoridad, lo cual evita una eficaz defensa por parte del gobernado, pues busca soslayar sus errores previos y subsanarlos. No se pretende que la Comisión no arribe a sus facultades, pero es inadecuado que se convierta en juez y parte.

La etapa de investigación es un procedimiento inquisitorio y arbitrario donde se califica o prejuzga al gobernado como agente económico con interés al que se le pretende declarar dominante. Ningún artículo de la LFCE impide que se emplaze a los agentes económicos durante la investigación, por lo que no debió emitirse resolución preliminar hasta que el particular afectado o interesado estuviera emplazado, mucho menos debió hacerse pública la información, sobre este particular ya se han pronunciado los tribunales federales en el amparo en revisión 458/2009 (amparo de la controladora de Telcel).

Sus argumentos relacionados con que la Comisión funge como juez y parte y que la investigación es un procedimiento inquisitorio y arbitrario resultan **inoperantes por reiterativos**, debido a que Telcel no ataca de forma concreta lo que en la Resolución Recurrída se le señaló en ese aspecto y en particular en el apartado 5.1.11, tal y como se señala a continuación:

“(…) si lo que pretende Telcel es cuestionar las facultades que tiene la Comisión para investigar, resolver y sancionar, es pertinente señalar que dicha pretensión es completamente insostenible, ya que la presente resolución no implica sanción alguna, y las facultades de esta autoridad en relación el procedimiento que nos ocupa se encuentran expresamente establecidas en la LFCE. A este respecto cabe reiterar que el presente procedimiento versa sobre la determinación de poder sustancial en el 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, supuestos en los que 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”¹⁹¹

“(…) por disposición expresa en la propia LFCE, 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 este AEI, ya que la Comisión dentro del presente procedimiento no actúa según lo señala Telcel 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 ley, 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.”¹⁹²

El argumento de Telcel en el sentido de que no existe ningún precepto que impida emplazar a los agentes con interés durante la investigación es **infundado**. Debe retomarse que la autoridad está obligada estrictamente a lo que la normatividad le faculta, en el caso concreto, ninguna de las fracciones del artículo 33 bis de la LFCE (especialmente las fracciones IV a VI) facultaban a la Comisión a efecto de emplazar a las partes, de ahí que sea jurídicamente imposible emplazar a los agentes económicos.

Por su parte, se señala que la ejecutoria de amparo que Telcel menciona sólo puede causar efectos a favor de la persona protegida por la Justicia de la Unión; esto de acuerdo con el principio de relatividad del juicio de amparo, por lo que no puede usarse con los fines que Telcel pretende. Como se indicó en el apartado 3.7.4.1 de esta resolución, los efectos de dicho

¹⁹¹ Página 66 y 67 de la Resolución Recurrída.

¹⁹² Página 67 y 68 de la Resolución Recurrída.

amparo no pueden ampliarse a Telcel porque el sujeto tutelado no tiene la misma calidad de Telcel.

B) Ningún agente ha sido objeto de una persecución, como lo ha sido Telcel, lo cual fue claro en la clasificación de la información realizada en los anexos. Basta ver como se le acusa de tener una actitud contumaz por haber sido merecedor de un amparo.

Por cuanto a la supuesta persecución en perjuicio de Telcel, debe indicarse que esto es una falsa apreciación de dicho agente, ya se ha indicado el motivo de porqué la información de otros agentes sí fue considerada como confidencial, en el apartado 3.7.2.1 de esta resolución.

En cuanto a las supuestas acusaciones de que Telcel asume una actitud contumaz, la CFC se refiere únicamente al hecho que Telcel incumpla las normas de competencia al no desahogar los requerimientos de información que se le formulan.¹⁹³ Si bien es cierto que Telcel cuenta con un amparo en contra del artículo 34, fracción II, de la LFCE, esto no significa que esté en aptitud de incumplir con el resto de la LFCE, como la obligación de proporcionar información cuando ésta se le solicita, razón por la cual Telcel se encuentra incumpliendo con las determinaciones de esta autoridad y puede calificarse su actitud como contumaz.

C) La Comisión dice que no existe prejuzgamiento a pesar de reconocer que ya había emitido su opinión públicamente en forma previa, justificándose en que se trataba de procedimiento de naturaleza distinta dictados en momentos diferentes. Esto no se subsana con la recusación que se tramitó, pues la Comisión tiene una confusión conceptual: la Comisión no es su presidente, ni viceversa. La tramitación del incidente de recusación no absuelve a la Comisión sobre sus prejuicios hacia Telcel.

“...pareciere que la Cofeco sostiene que hay que agradecerle por haber tramitado y resuelto esa recusación. Faltaba más, es su obligación...”

En cuanto al supuesto prejuzgamiento derivado de la opinión sobre la modalidad EQLLPN, anterior al procedimiento de origen, debe decirse que su argumento es inoperante por reiterativo, pues dicho argumento fue contestado a Telcel en la Resolución Recurrída.¹⁹⁴

¹⁹³ “1.13 Mediante escrito de veinticuatro de enero de dos mil ocho, TELCEL manifestó a esta Comisión que: i) se encontraba imposibilitada para manifestarse sobre el requerimiento que se le formuló en esta etapa procesal a la que hace referencia el 1.5 de la presente resolución, en razón de que la COMISIÓN lo había considerado como un agente económico con interés en el presente procedimiento; ii) en su caso, una vez que se respetara plenamente su garantía de audiencia previa, podría manifestar lo que a su derecho conviniera y ofrecer los elementos de convicción que estimara pertinentes, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el DOF, y iii) se le dejaba en estado de indefensión e inseguridad jurídica por la falta de definición sobre la causa, motivos concretos, pretensiones, consecuencias y alcances que este procedimiento pudiera tener sobre TELCEL.” Página 4 de la Resolución Recurrída.

¹⁹⁴ “Por lo que toca a los supuestos prejuicios de esta autoridad en contra de la manifestante, esta Comisión considera que tal afirmación es inexacta, puesto que aun cuando el presente procedimiento y el desahogo de la consulta tramitada bajo el número de expediente OPN-03-2005, al que se refiere Telcel en el párrafo anterior, tratan aspectos similares relacionados a los STCRM, su naturaleza, fundamentación, objetivos y alcance en realidad difieren sustancialmente. El primero se funda en el artículo 33 bis de la LFCE y tiene como objeto determinar la posible existencia de poder sustancial de mercado para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la LFT. El segundo, si bien fue emitido por el Pleno de la Comisión, se sustentó en el artículo 24, fracción VI de la LFCE, vigente hasta antes de la reforma del veintiocho de junio de dos mil seis y versa sobre los aspectos de competencia y libre concurrencia de la Resolución EQLLPN; de tal suerte que el objeto de la opinión no consistió de modo alguno en analizar poder sustancial de mercado respecto de los STCRM. Al respecto cabe precisar, como se señaló anteriormente, que Telcel solicitó la recusación por impedimento del Presidente de esta Comisión, cuestión que se aborda en el numeral 5.1.57 de esta RESOLUCIÓN.” Página 66 de la Resolución Recurrída.

Acerca de la confusión en que la Comisión incurre al confundir al presidente con la institución, respecto al supuesto prejuzgamiento en que incurrió la Comisión al emitir opinión previa, el argumento es **infundado**. Dicha confusión no ocurre, pues en la Resolución Recurrída se dijo que la opinión sobre la modalidad EQLLPN no constituía un prejuzgamiento.¹⁹⁵

3.13.2. Pluralidad de mercados

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Comisión viola los artículos 1º, 33 bis, 34 bis, último párrafo de la LFCE, 55 y 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC y demás relativos y aplicables, pues no existe precepto legal que le permita tramitar un procedimiento donde investigue y resuelva sobre más de un mercado relevante.

La misma Comisión lo reconoce, cuando señala que “no existe disposición alguna que limite o determine el número de mercados objeto de estudio” y añade que ha tramitado procedimientos donde también se ha pronunciado (de los cuales Telcel no fue parte) respecto a una pluralidad de mercados. Al respecto, debe decirse que la discusión no es de hecho, sino de derecho.

Al contestar el agravio respectivo, la Comisión señala que no existe agravio en perjuicio de Telcel; sin embargo sí lo hay, por el hecho de rebasar los límites legales. Además, los artículos 12, 33 bis, de la LFCE y 63 de la LFT hablan de un solo mercado y no una pluralidad. Lo anterior es en perjuicio de los gobernados, ya que no existe certeza sobre la calidad procesal que asumirá en el procedimiento, incluso se le obliga a tener calidades distintas y contrarias en un mismo procedimiento, lo cual le deja sin certeza y se presta a tratos discriminatorios, como sucedió en este expediente.

“(…) La minoría en la votación que se consigna en esa resolución parece sostener que, bajo la definición plural, sería válido sostener que en algunos mercados relevantes definidos como se ha pretendido puede haber poder sustancial y en otro no (…)”

El agravio es **inoperante** por no ser patente una afectación a sus derechos de defensa, ni combatir la motivación de la Resolución Recurrída. Sin perjuicio de lo anterior, debe apuntarse que la normatividad en materia de competencia, la cual puede encontrarse disgregada en algunos dispositivos sectoriales de otras materias que le brindan competencia a la CFC para realizar procedimientos de declaratoria como el procedimiento de origen, reconocen la posibilidad de pronunciarse respecto a distintos mercados, así encontramos los siguientes dispositivos:

i) Artículo 53, último párrafo, del RLFCE: “Para efectos del inicio o debida sustanciación del procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la Ley, la Comisión podrá, en todo momento, requerir la colaboración de las dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, para allegarse de información y documentación relevante para determinar las condiciones de competencia en los mercados de bienes y servicios”.

ii) Artículo 32, fracción VIII, del RICFC: “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”.

¹⁹⁵ Ídem.

iii) Artículo 33, fracción VI, del RICFC: "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".

iv) Artículo 7 del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo: "Corresponde a la Secretaría, en el ámbito de sus atribuciones, establecer mediante Directiva la regulación de los precios y tarifas aplicables a las actividades de Transporte, Almacenamiento y Distribución, en los mercados relevantes donde la Comisión Federal de Competencia determine la ausencia de condiciones de competencia efectiva".

v) Tesis I.4o.A.655 A: "(...) cuando la mencionada comisión, al imponer la multa máxima legalmente prevista a una empresa de un grupo de interés económico considera que la gravedad de la infracción, vinculada con el daño causado, se sustenta en que se obstaculiza el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados relevantes de distribución y comercialización de cierto tipo de productos, y en todo el territorio nacional respecto de su elaboración y transporte, atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por el propio grupo, estas razones deben considerarse válidas y suficientes para motivar la imposición de la multa (...)".¹⁹⁶

vi) El artículo 33 del RLFCE establece que según sea lo más adecuado para la pronta y expedita tramitación de los asuntos, la Comisión puede tramitar un solo procedimiento o iniciar nuevos procedimientos. En ese sentido, si en el caso particular la Comisión en el Acuerdo de inicio determinó que se tramitara en un solo procedimiento el análisis de poder sustancial respecto de mercados relevantes distintos, pero que guardan identidad o íntima conexión, no se afecta en nada a Telcel, pues dicha medida tiende a privilegiar el principio de economía procesal, lo que definitivamente no altera en forma alguna el fondo de las cuestiones efectivamente analizadas. En otras palabras, a nada práctico conduciría el hecho de que se hubieran tramitado tres procedimientos de declaratoria respecto de cada uno de los mercados relevantes definidos si al final, y como resultó en la especie, resultaba más conveniente y eficiente tramitarlo en uno sólo.

Lo anterior deriva de la naturaleza misma de los procedimientos que tramita la CFC. Contrario a lo que Telcel considera, durante la etapa de investigación se procede a realizar un análisis, en términos del artículo 12 de la LFCE a efecto de estar en aptitud de determinar con certeza cuál es el mercado o mercados relevantes para efectos del procedimiento. Al inicio de la investigación no puede existir certeza de la denominación que se realizará sobre el mercado relevante, pues aun cuando se conozca el producto o servicio afectados, es imposible conocer, para efectos del acuerdo de inicio, la existencia de sustitutos o la dimensión geográfica del mercado, lo cual sólo se puede conocer mediante evidencia empírica recopilada de los concurrentes en el mercado de que se trate.

De ahí que, al no existir certeza plena de la determinación del mercado al iniciar un procedimiento, la CFC pueda obtener como resultado de su investigación la existencia de distintos mercados relevantes para efectos de la investigación, los cuales se pueden encontrar íntimamente relacionados, razón por la cual se vuelve necesario tramitar el asunto en un solo

¹⁹⁶ Extracto tomado del siguiente criterio judicial: "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". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1327, I.4o.A.655 A.

expediente a efecto de no obtener resoluciones en sentidos contradictorios, lo cual acarrearía inseguridad jurídica para todos los concurrentes en dichos mercados, pues existirían situaciones jurídicas (definiciones de mercado relevante) diversas respecto a personas en igualdad de circunstancias.¹⁹⁷

Esto tiene sentido cuando se considera que del inicio de la investigación y la emisión del DP fue posible determinar tres mercados relevantes distintos por cada concesionario del SLM, en donde preliminarmente se estableció que cada uno de ellos detentaba poder sustancial respecto su red.

En consecuencia, se justifica desde un punto de vista fáctico y jurídico la necesidad de tramitar mercados relevantes íntimamente relacionados en un solo procedimiento, lo cual brinda mayor certeza a los agentes concurrentes en los mercados relevantes y los relacionados.

Tampoco asiste la razón a Telcel en cuanto a la existencia de calidades distintas para una misma persona en un solo procedimiento. Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 54 del RLFCE, Telcel puede tener distintas calidades respecto al procedimiento, lo cierto es que dichos caracteres no se mezclan a grado de causarle confusión. Como se ha precisado, el carácter procesal en el procedimiento de origen puede ser como agente económico con interés o parte afectada, en tal virtud, la calidad procesal de Telcel puede asumir las siguientes denominaciones:

- i) Parte afectada respecto a los servicios relevantes prestados por entonces Iusacell y Telefónica, pues Telcel es consumidor de los servicios relevantes que dichos agentes prestan; y
- ii) Agente económico con interés respecto al mercado relevante en el que detenta poder sustancial, pues Telcel es el agente que podría encontrarse sujeto a regulación específica en caso de que así lo determine la Cofetel.

¹⁹⁷ En apoyo se cita el siguiente criterio judicial: "**CONEXIDAD. ASUNTOS EN DIVERSOS TRIBUNALES COLEGIADOS (COMPETENCIA).** En la legislación de amparo, modificada en el año de 1968, hay una laguna respecto de la competencia para conocer de asuntos que guardan íntima conexión y que han dado motivo a formación de sendos expedientes en diversos Tribunales Colegiados del mismo circuito, en la misma materia. Es evidente que si hay dos recursos, por ejemplo, contra una sola resolución, y cada uno de ellos da motivo a la formación de sendos expedientes en dos Tribunales Colegiados administrativos, es no sólo conveniente, sino aun necesario, que ambos recursos, que pueden haber sido interpuestos por partes diferentes en el juicio, sean resueltos simultáneamente por el mismo tribunal. Por lo demás, en situaciones semejantes a la planteada, en que conviene que dos expedientes o tocas sean resueltos por el mismo tribunal, tanto el artículo 36, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, como los artículos 24, último párrafo, y 72 del Código Federal de Procedimientos Civiles, contienen el principio de que es conveniente que el juicio más nuevo se anexe al juicio más antiguo, aun en el caso de que no proceda la acumulación, cuando la conexidad entre ambos negocios lo haga necesario para evitar resoluciones que pudieran plantear problemas de contradicción en la cosa juzgada. Ahora bien, como en el primer circuito los Tribunales Colegiados tienen una Oficialía de Partes Común, en la que los expedientes son clasificados con letras, según su naturaleza, y se numeran según su orden de presentación, se ha estimado por estos tribunales del Primer Circuito que cuando la clasificación por letras no es igual, se debe atender a la fecha de presentación de las promociones relativas, para ver cuál es la más antigua; y que cuando la clasificación es la misma, se debe tender al número inferior como atrayente, ya que en principio indicará la presentación más antigua y ya que, sobre todo, indicará también en principio cuál es el expediente que primeramente haya sido turnado de la Oficialía de Partes Común al tribunal que primero haya recibido su expediente, e iniciado su tramitación, y el que en principio se encontrará en estado más avanzado para su resolución. Y de esta manera se llenará la laguna legal existente, sin prescindir del principio de atender al expediente más antiguo, y sin que se cree una situación confusa en cuanto a las competencias, y atendiendo a elementos objetivos, siendo de notarse que tan susceptible de irregularidades es el sello fechador como el registro de los libros." (Subrayado añadido) Localización: (TA); 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 80, Sexta Parte; Pág. 23.

Así las cosas, la calidad procesal de Telcel no genera inseguridad jurídica, pues se encuentra perfectamente definida y está en aptitud de tomar la postura procesal que más convenga a sus intereses de acuerdo al mercado que se refiera.

Sin perjuicio de lo anterior, existiría racionalidad en el argumento de Telcel, si dicho agente hubiera aportado pruebas con un determinado carácter (parte afectada) y que hubieran sido utilizadas para fortalecer la motivación respecto el otro carácter (agente económico con interés), lo cual, en materia, no pudo suceder, pues Telcel no aportó ningún elemento probatorio durante la etapa de investigación, ni para efecto de fortalecer la existencia de poder sustancial de otros agentes, por lo que resulta obvio que no existe afectación alguna. En este sentido, se confirma la calificación de inoperante sobre este argumento, cuando se tiene en cuenta que Telcel no señala qué información hubiera aportado bajo las condiciones antes precisadas (información o pruebas aportadas en carácter de parte afectada que hubiera sido utilizada para confirmar su calidad de agente económico con interés).

3.13.3. Carencias Procesales

3.13.3.1. Falta de sustento fáctico y probatorio

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que, excepto el último párrafo, el resto del numeral no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“La resolución impugnada de 27 de octubre de 2011 es ilegal y violatoria de los derechos de Telcel, pues es contraria a lo dispuesto en los artículos 1º, 33 bis, 34 bis último párrafo y demás relativos de la Ley de Competencia, 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, ya que 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, habida cuenta que tanto el inicio del procedimiento, como sus diversas actuaciones y particularmente el Dictamen Preliminar y sus anexos carecen de una debida fundamentación y motivación, por lo que no pueden válidamente servir como base ni sustento para la declaración de poder sustancial en el mercado relevante respecto y en perjuicio de Telcel.

Otra vez, la Cofeco reiteró su actitud denegatoria de justicia a este respecto y señala en a partir de la página 101/423 que los argumentos de Telcel a ese respecto “son del todo imprecisos, ya que no se identifican en concreto los preceptos que según TELCEL no fueron estudiados y argumentados debidamente al emitirse el DP”, y falacias similares, lo que 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. Después, en las páginas siguientes, la Cofeco se limita a hacer un resumen de los apartados del Dictamen Preliminar para decir que sí lo fundó y motivó. Esto es, una reiteración que demuestra lo indebido e innecesario que resulta un procedimiento en que la misma autoridad inicia, investiga, resuelve preliminar y luego definitivamente.

Lo cierto es que, la Cofeco y sus diversas autoridades han emitido las actuaciones del procedimiento DC-07-2007 sin fundar adecuadamente ni motivar cuidadosamente sus decisiones, afirmaciones y consideraciones, por lo que sus conclusiones y resoluciones resultan improcedentes y deben desestimarse.

Por determinación constitucional y legal es menester que los actos de autoridad en perjuicio de un gobernado se encuentren debidamente fundados y motivados, por lo que, al emitir sus actos, la Cofeco tiene que fundarlos debidamente, esto es, tiene que expresar cuáles son los preceptos legales en que sustenta sus determinaciones. Pero la exigencia va más allá, pues también requiere taxativamente una debida motivación de los actos, esto es, que exprese clara e indubitablemente los argumentos jurídicos y las razones concretas por las cuales considera aplicables los preceptos normativos que invoque, así como el análisis y la valoración de los hechos materia del acto con los elementos de convicción que consten en el expediente. Esa exigencia recibe un estándar mayor, cuando el procedimiento inicia y se tramita de oficio y persigue fines restrictivos de la libertad del afectado.

De manera tal que todo acto y procedimiento debe individualizar en concreto su contenido en relación con cada uno de sus destinatarios, su contenido debe encontrar fundamento en la ley y no puede exceder los límites y parámetros fijados por la legislación aplicable.

En la especie, los actos de este procedimiento, particularmente el Dictamen Preliminar y la resolución que se combate, no cumplen con esas exigencias porque no se encuentran debidamente fundados ni motivados, ni cumplen con un estricto escrutinio al respecto.

Así las cosas, lo dicho en el Dictamen Preliminar en relación con este procedimiento, sus consideraciones y conclusiones por cuanto a mi mandante respecta, y su confirmación en la Resolución Definitiva, no constituye una debida fundamentación ni motivación, puesto que –aunque diga lo contrario y parafrasee sus determinaciones previas– la Cofeco no llevó a cabo argumentación ni estudio alguno sobre la aplicación de los preceptos que menciona o sus alcances y que regulan la posibilidad excepcional y limitativa de que se inicie y se tramite un procedimiento de declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante con pretensiones regulatorias.

Contrariamente a lo resuelto por reiteración, tampoco se agota adecuadamente la necesidad de motivación por cuanto se refiere al simple inicio del procedimiento en que se actúa, pues nada acredita la decisión de inicio oficioso del procedimiento 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 con la declaratoria para regulación específica. 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.

En reconocimiento de tales carencias, en la resolución de 27 de octubre de 2011, la Cofeco señala que las mencionadas en el párrafo precedente son cuestiones propias que deberá tomar en consideración la propia autoridad administrativa reguladora del sector y no la

Cofeco, lo que es infundado sobre todo atendiendo a la manera y términos en que inició por sí y ante sí el procedimiento y es abiertamente contradictorio con las exigencias establecidas de la ley, que en consecuencia ha sido violada por la Cofeco.

Tampoco hubo explicación sobre lo que se persigue con los actos de la etapa de investigación, ni en lo general ni en lo particular, ni se indican los fines reales y precisos para los que se utiliza la información supuestamente obtenida. De la misma manera, la Cofeco ha sido omisa en motivar la extensión de la información que requirió y en mencionar la de la que ha obtenido, cuyo contenido, en su mayoría, aún a esta fecha resulta desconocido para el verdadero afectado en el procedimiento, mi mandante. El acceso al expediente de autorizados de Telcel, siempre posterior a la emisión de la resolución preliminar, no desvirtúa esas necesidades ni su falta de acceso oportuna.

De la misma forma, no existe precisión en cuanto a los fines del Dictamen Preliminar, su naturaleza, efectos, alcances y consecuencias, lo que evidentemente deja en indefensión a Telcel. No se sabe para qué se dice preliminarmente que el agente tendría poder sustancial no se sabe qué se buscaría con la regulación que se pretendería emitiera la Cofetel, no se saben qué finalidades o qué miras al bien común supuestamente se persiguen.

Destaco que tampoco existe motivación concreta sobre la necesidad de la determinación de un grupo de interés económico, ni su impacto en la materia de este procedimiento, menos aún de sus efectos y alcances. Tampoco se motiva por qué conducta es que el supuesto Grupo del Anexo 2-1 existe, ni por qué conducta o razón las personas mencionadas en ese Anexo lo integran, menos aún qué efectos podrían resultarles de tal consideración.

Por cuanto al mercado relevante se refiere, la fundamentación y motivación resultan aún más demeritadas en el Dictamen Preliminar, lo que indebidamente se confirma en la resolución que se impugna.

Desde el inicio del procedimiento, durante la investigación y ahora en el Dictamen Preliminar se omite la explicación de las razones científicas o técnicas concretas por las que se define de tal o cual manera el mercado relevante, ni por qué esta Comisión considera que puede pronunciarse de oficio en materia de telecomunicaciones o con qué autoridad pretende hacerlo. Baste para ello revisar la vaguedad y generalidad de lo dicho en el Dictamen Preliminar y en la Resolución Definitiva.

Para mayor sorpresa, no existen argumentos económicos ni regulatorios que justifiquen la definición del mercado que se plantea en el procedimiento, en la Resolución Definitiva y en el Dictamen Preliminar. No se agotan exhaustivamente los verdaderos requisitos que las leyes exigen para la definición del mercado, como se demuestra en el agravio respectivo.

Ni siquiera se funda o motiva por qué es que pretende tratar a un mercado regulado como si fuere uno cualquiera, e inclusive por consecuencia del cumplimiento de la regulación ex ante. Es más, no se dice por qué un mercado estaría insuficientemente regulado de tal forma que se requiriera este procedimiento y la emisión de un Dictamen como el que nos ocupa.

Lo mismo sucede en cuanto a la supuesta determinación de poder sustancial en el mercado relevante, pues inexplicablemente se omite mención, referencia, fundamentación o motivación alguna respecto de la existencia de una autoridad reguladora y sobre las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones en materia tarifaria, a las que sólo se alude en forma inconsistente con su texto, así como la apreciación ineludible del hecho de que existe la necesidad de celebrar convenios en materia de interconexión, por ejemplo, su naturaleza de convenios y un verdadero análisis de las facultades tarifarias que derivan de la Ley de Telecomunicaciones a favor, no de uno, sino de todos los concesionarios de los servicios respectivos. Tales cuestiones y elementos o exigencia normativas son simplemente preteridos por la autoridad, sin mencionar razón o motivo suficiente alguno.

Una serie de verdaderas acusaciones y suposiciones gratuitas que acreditan la ilegalidad de las actuaciones de esta Comisión y la improcedencia de su procedimiento, como el que hubiera indicios sobre que el supuesto único oferente del servicio relevante pueda fijar sus tarifas. Así, se habla de posibles problemas de competencia pero no existe desarrollo alguno sobre su entidad, posibilidad o contenido, no se dice en qué podrían consistir esos hipotéticos y etéreos ´problemas´ ni por qué se juzgan posibles.

Asimismo, la Comisión pretendió invocar el derecho extranjero o situaciones dadas en diversos Estados y países, pero lo hace en forma inadecuada, imprecisa e ilegal. No contempla qué situación de mercado tienen, ni el contenido de sus regulaciones, ni el grado de madurez de sus actividades, ni las fuentes concretas de sus manifestaciones, ni los resultados relacionados con esos temas. En efecto, sin brindar explicaciones, verdaderas comparaciones que permitan apreciar correctamente los motivos, el contenido, las situaciones, los alcances y los efectos de las resoluciones adoptadas y las situaciones que se vivan en el extranjero, esa Cofeco de manera arbitraria y sin sustento probatorio alguno simplemente se limita a mencionar números de países y regiones, resoluciones o posturas supuestamente adoptadas en otros países o latitudes, parafraseando contenidos parciales que no se explican y dando resultados o cifras, desde luego sin motivar por qué razones las juzga comparables a nuestro sistema jurídico, ni cuáles son las semejanzas y diferencias entre sistemas, países e industrias que le permitan aludir a tales elementos de derecho comparado en busca de dar sustento a la resolución final y al Dictamen Preliminar.

Lo cierto es que en su mayoría resultan imprecisas y falsas las apreciaciones reduccionistas que hace la Cofeco respecto de las situaciones del extranjero en relación con temas relacionados o similares con la materia de este procedimiento, o bien resultarían inaplicables a la realidad mexicana debido a sus diferencias esenciales de orden social o jurídico, lo que se acreditaría con las pruebas ofrecidas en el capítulo correspondiente del escrito de manifestaciones de mi mandante, que no obstante fueron indebidamente desechadas.

Finalmente, no existe motivación suficiente respecto de la desigualdad de trato que sufrió mi mandante en el procedimiento ab initio y en el expediente, tanto por la publicidad que se le ha dado a las consideraciones y anexos en que se alude a Telcel, cuanto por la extensión, análisis y elementos que a su respecto se hacen en forma innecesaria en el Dictamen Preliminar y en la Resolución Definitiva. Todo ello, desde luego, se combate, pero también se menciona como elemento que acredita la improcedencia del procedimiento.

Por lo demás, no puede hablarse de una debida motivación cuando a lo largo de la Resolución Definitiva y del Dictamen Preliminar simplemente se hicieron referencias imprecisas a fojas del expediente o bien a información que no podía conocerse ni valorarse ni refutarse o interpretarse por supuestamente constituir información confidencial o reservada. No hay citas, razonamientos ni siquiera paráfrasis precisas a ese respecto, sino simples menciones como de algunos operadores, se cuenta con información, diversas legislaciones, de la información que obra en el expediente que se desprende, según diversos concesionarios..., algunas declaraciones, en el expediente ..., información proporcionada por los agentes económicos requeridos en el presente expediente, etc., que evidentemente no cumplen con las exigencias que la ley impone sobre una indebida y suficiente motivación que, a su vez, permita una verdadera defensa del afectado.

De la misma forma, se pretende que gran parte de la información contenida en el expediente, en la resolución y en el propio Dictamen Preliminar es confidencial y, por ello, se impidió que Telcel al defenderse de la declaratoria preliminar hecha en contra tuviera acceso a ella. ¿Cómo es posible que en esos términos el particular pueda defenderse? ¿Cómo puede considerarse fundada o motivada una resolución si el afectado no la puede conocer en su integridad? La respuesta es obvia: no se puede.

Desde luego, esa falta de motivación y fundamentación ha dejado a mi mandante en estado de indefensión, lo que además sustenta los agravios hechos valer y demuestra que el presente procedimiento debió cerrarse sin que se emitiera declaratoria alguna, por lo que la que se impugna es ilegal”.

Al respecto, son infundados los argumentos de Telcel relacionados con la supuesta falta de motivación, en virtud de las siguientes razones:

i) No incurre en la imprecisión en el argumento de la página 101 de la Resolución Recurrída, pues, contrario a lo que señala Telcel, la CFC dedicó todo el apartado 5.1.23 (páginas 101 a 107 de la Resolución Recurrída) a explicar la motivación de esta autoridad, misma que no se transcribe dada su extensión.¹⁹⁸

¹⁹⁸ “5.1.23 Este AEI afirma que el DP carece de la debida fundamentación y motivación porque “la Cofeco no llevó a cabo argumentación ni estudio alguno sobre la aplicación de los preceptos que menciona o sus alcances”,¹⁹⁸ no se define o manifiesta expresamente su naturaleza jurídica, efectos o consecuencias, ni las consecuencias de que el dictamen “resulte desvirtuado total o parcialmente”,¹⁹⁸ lo cual le impide una defensa efectiva. En el mismo sentido señala que se “pretende invocar el derecho extranjero pero lo hace en forma inadecuada, imprecisa e ilegal”, “no existe motivación suficiente respecto de la desigualdad de trato que sufre (...) en el procedimiento y en el expediente, tanto por la publicidad que se le ha dado a las consideraciones y anexos en que se alude a Telcel, cuanto por la extensión, análisis y elementos que a su respecto se hacen en forma innecesaria en el dictamen preliminar”, por lo que “se (...le...) ha dejado (...) en estado de indefensión, lo que además sustenta las defensas hechas valer y demuestra que el presente procedimiento debe cerrarse sin que se emita declaratoria alguna en relación con Telcel”.

“Estos argumentos son del todo imprecisos ya que no se identifican en concreto los preceptos que según Telcel no fueron estudiados y argumentados debidamente al emitirse el DP. En contraste, la simple lectura del DP permite comprobar que el mismo se encuentra debidamente fundado y motivado: en el título 2, Consideraciones de Derecho se exponen cada uno de los artículos aplicables de la LFCE, su reglamento y de la LFT, y dentro de los títulos 4, Mercado Relevante, y 5, Poder de Mercado, se desarrollaron exhaustivamente los razonamientos lógico-jurídicos para la aplicación de los artículos 12 y 13 de la LFCE, y 11, 12 y 13 del RLFCE, que permitieron definir los mercados relevantes y determinar la existencia de poder sustancial en cada uno de éstos. De tal manera, en el DP se analizaron y aplicaron de manera minuciosa y completa, todos los preceptos necesarios para la debida fundamentación de este procedimiento de declaratoria de poder sustancial en los mercados relevantes de STCRM. (...) En relación con la supuesta falta de motivación, la revisión de los títulos 3, 4 y 5 del DP permite comprobar que éste se encuentra debidamente motivado, ya que contienen los análisis efectuados con riguroso apego a los criterios establecidos en

- ii) El acuerdo de inicio y la necesidad de regulación se encuentran motivados de acuerdo con lo señalado en los apartados 3.1.1, 3.2.3 y 3.7.1 de esta resolución.
- iii) Acerca de la falta de motivación del Anexo 2-I, esto se analiza en el apartado 3.7.4.4.1 de esta resolución.
- iv) La definición de mercado relevante fue analizada por completo de conformidad con el artículo 12 de la LFCE en el apartado 2 de la Resolución Recurrída.¹⁹⁹
- v) Las razones científicas, técnicas, regulatorias y económicas, fueron analizadas en el apartado 6 de la Resolución Recurrída.²⁰⁰

los artículos 12 y 13 de la LFCE, y 11 a 13 del RLFCE, por lo que resulta claro que Telcel simplemente pasó por alto que todos los elementos relacionados y analizados a lo largo de los numerales del 3.1 a 5.33 del DP, precisamente corresponden al estudio de los criterios contenidos en los artículos antes citados, con base en las constancias que obra en el expediente. A continuación se indican los principales aspectos que fueron desarrollados y analizados en dichas secciones del DP:

(...) No resulta cierta la aseveración de que en el DP se pretende invocar el derecho extranjero y que ello se hace de forma inadecuada, imprecisa e ilegal porque el análisis de los mercados relevantes y del poder sustancial desarrollado en el DP se realizó, por entero, con base en lo previsto por la LFCE y su reglamento, y no, como expresa Telcel, en los análisis de autoridades extranjeras. El hecho de que en el pie de página 19 del DP se refieran algunas coincidencias en las conclusiones a que llegó esta Comisión con las obtenidas en otros países, no implica de ninguna manera que el análisis del DP se haya basado en lo que las autoridades de otros países han realizado." Páginas 101 a 107 de la Resolución Recurrída.

¹⁹⁹ "6.1 El mercado relevante se determina en términos del artículo 12 de la LFCE. Conforme a la fracción I de este precepto, se deben considerar 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." Para ello, en los numerales 6.2 a 6.13 se describen las principales características de los servicios de terminación de tráfico público conmutado en las RPT de los Concesionarios SLM, prestados por éstos a los demás concesionarios de RPT. Las posibilidades de sustituir dichos servicios de terminación se analizan en los numerales 6.14 a 6.27.

(...) "6.28 De acuerdo con el artículo 12, fracción II de la LFCE, la determinación del mercado relevante debe considerar los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos relevantes desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones. Asimismo, conforme a las fracciones III y IV del mismo precepto, deben considerarse los costos y probabilidades que tienen los usuarios para acudir a otros mercados y las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos. Los aspectos relativos a esos elementos se describen en los siguientes numerales.

(...) "6.31 En relación a la fracción IV del artículo 12 de la LFCE, se advierte que los Concesionarios de SL y SLD no están afectados por restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten su acceso a los Servicios Relevantes." Apartado 6 de la Resolución Recurrída.

²⁰⁰ "6.2 La interconexión de las RPT constituye una obligación de los concesionarios de las mismas, en términos de los artículos 41 y 42 de la LFT...

"6.3 Según la fracción XII de la Regla segunda de las RSL...

"6.4 De la Regla vigésima de las RSL se desprende que...

"6.5 La terminación conmutada (Terminación) se define en la fracción XXVIII de la Regla segunda de las RSL...

"Cabe advertir que de la Regla vigésima de las RSL...

"6.6 Las dos situaciones señaladas en la Regla vigésima de las RSL...

(...) "6.7 En la modalidad EQLLPL prevista en la Regla vigésima séptima de las RSL, se establece...

"6.8 Para efectos de la modalidad EQLLPN en la regla 41 de las RSLD, se establece...

"6.9 En cumplimiento con lo establecido en la Regla vigésima séptima de las RSL, los convenios...

(...) "6.11 Únicamente la Red móvil del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión (principalmente central de destino, concentrador de líneas y línea conmutada de acceso al usuario) que permiten terminar la llamada en el número del suscriptor de sus servicios. Por tanto, técnicamente, sólo el concesionario u operador de la red en cuestión puede prestar los servicios de terminación en los suscriptores de la misma. En este sentido, los servicios de terminación conmutada en las diferentes Redes Móviles son distinguibles y distintos entre sí.

(...) "6.15 La sustitución por el lado de la oferta requiere de la prestación de los servicios de terminación conmutada en las terminales de los usuarios de las Redes Móviles de destino, por agentes económicos (distintos al prestador del Servicio Relevante) que sean capaces de ofrecerlos en corto plazo sin incurrir en inversiones considerables. Actualmente, no existe esta posibilidad, principalmente por las razones técnicas señaladas en el numeral 6.11. A mayor abundamiento, un concesionario de una RPT tendría que tener la capacidad de sustituir la provisión del Servicio Relevante, sin depender o utilizar la función de Terminación

vi) En cuanto a que no se explica por qué un mercado regulado se trata como cualquiera, ya se ha dejado claro que la CFC cuenta con facultades para iniciar, tramitar y resolver procedimientos de declaratoria, situación que debe ser realizada de conformidad con la LFCE, la cual determina la metodología a utilizar para todas las actividades económicas.²⁰¹ Respecto a que dicha autoridad no consideró el marco regulatorio en la determinación de poder sustancial, el argumento es infundado, ya que la CFC sí consideró la existencia de un marco regulatorio y determinó que el mismo mantiene un principio de libertad tarifaria respecto a las tarifas de interconexión que les permite fijar el precio, mientras que se indicó que, aun cuando el marco regulatorio obliga a la interconexión, los agentes han buscado retrasar dicho servicio, con lo que se acreditó la capacidad de restringir el abasto. Tal y como se advierte del análisis de sus argumentos en torno a estos temas en los apartados 5.1.47 y 5.1.48 de la Resolución Recurrída.²⁰²

En cuanto a la indebida motivación de la Resolución Recurrída, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que Telcel no indica de forma precisa qué argumento o hechos de la Resolución Recurrída le afectan, o porqué resulta indebida o inadecuada.

Respecto la falta de motivación de los actos durante la investigación, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que Telcel no indica que actos carecen de motivación. Aunado al hecho de que Telcel no combate la motivación que determinó el sentido de la Resolución Recurrída.

Respecto de los fines del DP, el argumento de Telcel resulta **infundado**, toda vez que no existe disposición alguna que obligue a esta autoridad a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos que realice como un requisito para su motivación.

En cuanto a la supuesta omisión de motivar el ejercicio de las facultades discrecionales de la CFC, el argumento de igual manera resulta **infundado**. Contrario a lo que señala Telcel, la Resolución Recurrída no se emite de manera discrecional, como se ha expuesto en apartados precedentes.

Como se ha señalado con anterioridad y como bien lo señala Telcel al citar a Gabino Fraga, las facultades discrecionales son aquellas en las que la autoridad tiene posibilidades de elección,²⁰³ como es el caso del acuerdo de inicio en los procedimientos que se originan de

(medios de conmutación y transmisión) de la Red móvil del suscriptor receptor de la llamada, lo cual no es posible en las condiciones prevaletentes." Apartado 6 de la Resolución Recurrída.

²⁰¹ Véase el apartado 3.2.1 de esta resolución.

²⁰² Véase páginas 160 a 166 de la Resolución Recurrída.

²⁰³ Al respecto, el magistrado Jean Claude Tron Petit, cita los siguientes autores:

"Sobre el tema A. de Laubadère sostiene lo siguiente:

"En cada organización administrativa es necesario que una parte -más o menos amplia según los dominios -de poder discrecional sea dejada a las autoridades administrativas. Esta necesidad procede de que es imposible tanto al legislador como al juez tener una visión exacta de los elementos concretos, que al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de las decisiones administrativas. La justificación del poder discrecional es pues esencialmente una justificación práctica.

"Para Bacigalupo rige el siguiente concepto:

"Se concibe la discrecionalidad como margen para optar entre las siguientes conductas, una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado en el plano estrictamente cognitivo, la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo; en primer lugar actuar o no actuar, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante (discrecionalidad de actuación); y, en segundo, elegir entre una consecuencia u otra, si la Administración opta por actuar (o está obligando a ello) y son varias las consecuencias jurídicas permitidas (discrecionalidad de elección).

oficio. Sin embargo, la resolución que emite la CFC no constituye en sí misma un acto discrecional, sino que es una obligación por parte de esta autoridad emitir la resolución correspondiente al procedimiento de que se trate. Refuerza esta posición el artículo 60 del RLFC que dispone que la CFC 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 resolución respectiva.

En este sentido, la CFC no tiene capacidad de elección entre dos o más opciones, pues se encuentra obligada a emitir una resolución respecto al procedimiento que previamente ha sido instruido, de conformidad con el artículo 33 bis, fracción VII, de la LFCE.

No es óbice mencionar que la CFC sí motivó en forma exhaustiva el ejercicio de sus facultades discrecionales, supuesto que aconteció al iniciar de oficio este procedimiento (pues el inicio en sí mismo constituye el acto discrecional), al respecto pueden verse los apartados 1.2²⁰⁴ y 5.1.2²⁰⁵ de la Resolución Recurrída.

Sin perjuicio de lo anterior, se remite a lo señalado en el apartado "3.7.1 Naturaleza y justificación del DP y la Resolución Recurrída" de la presente resolución, mismo en el que se expusieron de manera más detallada las razones por las que se considera infundado el argumento en cuestión.

En cuanto a la cita de derecho extranjero el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas** y por no existir una afectación directa al recurrente derivada del acto que controvierte, ni ser patente que la supuesta violación procesal le hubiere dejado sin defensas,

"Según Alessi:

"(...) discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley o la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo señalado por la ley. La discrecionalidad, por lo tanto, se exterioriza, necesaria y únicamente en la apreciación comparativa de un interés público y de una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción.

"García de Enterría sostiene que la discrecionalidad es creada por la ley -vinculación positiva- y atribuye competencia para apreciar un supuesto dado y elegir, con plena libertad de entre varias soluciones, todas ellas viables, la más conveniente." (Tron Petit, Jean Claude, Gabriel Ortiz Reyes. La nulidad de los actos administrativos. 2ª edición. Editorial Porrúa, México, 2007. Pp. 26 y 27).

"...siempre resulta útil dejar a la administración un amplio sector de actividad discrecional, esto, porque es natural que en ocasiones escape de la mente del legislador, la previsión exacta de la realidad concreta que se presente, pues esta ha de variar en función de distintos elementos de tiempo, lugar, forma y materia, por tanto, la necesidad de adaptar permanentemente a circunstancias particulares y cambiantes es la razón que justifica ese ámbito de discrecionalidad..." (Pérez Dayán, Alberto. Teoría general del acto administrativo. Editorial Porrúa, México, 2003. Pp. 31).

²⁰⁴ "...1.2 Dicho procedimiento se inició bajo las siguientes consideraciones:

"a) Dentro del expediente OPN-03-2005 de esta Comisión, diversos operadores de redes locales fijas y de larga distancia manifestaron que las tarifas que pagan por la terminación de llamadas en redes móviles son sustancialmente superiores a las que cobran los Concesionarios SLM a sus suscriptores por llamadas punta a punta dentro de sus respectivas redes.

"b) En la resolución P/161104/196 que modificó las RSLD, emitida por el Pleno de la Cofetel el dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, se señaló que los costos por terminación de llamadas en redes móviles podrían encontrarse muy por debajo de las tarifas de terminación en dichas redes, entonces vigentes.

c) De la información contenida en los expedientes DE-37-2006 y DC-06-2007 de esta Comisión, se desprende que las tarifas por terminación conmutada en redes locales móviles son mayores que algunas tarifas por llamadas originadas y terminadas en una misma red móvil" (página 2 de la Resolución Recurrída).

²⁰⁵ "...se citan los preceptos legales y reglamentarios que: i) facultan a esta Comisión para iniciar procedimientos tendientes a resolver sobre la existencia de poder sustancial (...); ii) prevén la intervención de la Comisión en la determinación de existencia de poder sustancial en mercados relacionados con las telecomunicaciones (...); iii) prevén las atribuciones del Presidente y del Secretario Ejecutivo de la Comisión (...); iv) facultan al DGMR (...) y v) prevén la publicación de un extracto del acuerdo..."
Página 42 de la Resolución Recurrída.

pues la CFC basó sus determinaciones con base en el derecho nacional y la situación persistente en nuestro país, motivo por el cual la legislación extranjera o experiencia internacional que se haya mencionado no constituyó la motivación que determinó el sentido de la Resolución Recurrida. Al respecto también sirva la respuesta dada en el apartado 3.9.1 de esta resolución. Adicionalmente, Telcel no señala qué citas o argumentos fueron en los que la CFC basó sus determinaciones, por lo que no es posible entrar al estudio de un argumento tan vago.

Respecto a la motivación sobre la desigualdad con la que se le trató, sirva la respuesta señalada para el apartado 3.7.2.1 de esta resolución.

Respecto a la falta de citas y referencias, se remite al apartado 3.13.2, inciso E) de esta resolución.

Ahora bien, el presente numeral, en específico por lo que hace al penúltimo párrafo de lo resuelto por la Comisión en la Resolución 2012, a saber, lo relacionado con las manifestaciones de Telcel en torno a que supuestamente no estuvo en aptitud de defenderse debido a que gran parte de la información fue clasificada como confidencial, se responde en estricto cumplimiento de lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.7. de la Ejecutoria: "En los rubros (...), y **3.13.3.1 Falta de Sustento Fáctico y Probatorio, penúltimo párrafo**, la autoridad responsable desvirtuó los agravios de la hoy quejosa, al calificarlos inoperantes por reiterativos y por abundar en las manifestaciones al DP (dictamen preliminar), señalando que tales argumentos fueron alegados por TELCEL en su escrito de manifestaciones, y en su recurso pretendía mejorarlos y abundar en los mismos, aun cuando, consideró, había precluido su derecho para hacerlo (mencionando que parte de esos argumentos habían sido atendidos)".

Como se observa, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que resultó incorrecta la calificación del agravio formulada por la CFC al haberlo calificado como inoperante por reiterativo, razón por la que este Instituto, realiza la calificación y análisis de fondo correspondiente respecto del referido penúltimo párrafo.

Al respecto, tal argumento resulta **infundado**, toda vez que la lectura del DP permite fácilmente advertir que en cada numeral de dicho documento se hace referencia precisa al agente económico o autoridad que proporcionó la información, y se indica con el debido detalle de qué información se trata, la fuente y el lugar en el que se encuentran, señalando tomo y foja o fojas del Expediente, o bien el anexo o anexos del DP de que se trate. En los casos en que se solicitó que dicha información fuera clasificada como confidencial o reservada, esta autoridad actuó con estricto apego a la normatividad aplicable, como se puede comprobar en los diversos acuerdos que al respecto se encuentran en el Expediente, los cuales fueron referidos en los numerales 1.11, 1.18 y 1.26 del DP. De tal manera, siempre que la información haya sido clasificada como reservada o confidencial, en el DP se hace referencia a los agentes involucrados como "agentes económicos requeridos en el expediente", "concesionarios" u "operadores", o bien se indican temas, análisis y conclusiones derivados de dicha información, y se señala el lugar del Expediente donde se encuentran.

En el caso de las referencias legales, en todo momento se identifica el precepto legal de que trata, ya sea en el texto del numeral o en el pie de página.

Además, cuando la información que obra en el Expediente fue obtenida de fuentes públicas, también se indica el lugar del Expediente en el que se encuentra o el anexo del DP en el que está ubicada.

Por otro lado, es de señalar que Telcel astutamente saca de contexto y aísla las menciones y referencias que señala, desvinculándolas de sus respectivos análisis, razonamientos, citas y referencias. La lectura del DP evidencia todo lo anterior y muestra que Telcel no tiene razón en sus argumentaciones sobre la falta de motivación.

Por lo que respecta a los anexos del DP, en específico los señalados con los números 2-II y 2-III, es de señalar que dichos anexos no fueron publicados en la página de Internet de la Comisión, toda vez que esta autoridad clasificó la información contenida en los mismos como reservada o confidencial, ya que los agentes económicos que la aportaron acreditaron que encuadraba en los supuestos para ser clasificada en tales términos de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE. Situación que no ocurrió con Telcel, quien en todo momento se abstuvo de presentar información o solicitar la clasificación de la información contenida en el Expediente. Como resultado de lo anterior y dado que la información contenida en el Anexo 2-I se obtuvo de fuentes de acceso público fue que tal anexo fue publicado de forma íntegra.

Lo anterior sin perjuicio de la aplicabilidad de los criterios sostenidos en el apartado 5.1.14 de la Resolución Recurrída, en que se justificó el actuar de la CFC, en los siguientes términos:

“(…)si bien es cierto que los anexos señalados con los números 2-II y 2-III, efectivamente no fueron publicados en la página de Internet de la Comisión, lo anterior obedeció a que esta autoridad realizó la clasificación de la información contenida en los mismos como reservada o confidencial, en virtud de que los AEI que la aportaron al expediente, acreditaron que la misma se encuentra en los supuestos para ser clasificada en tales términos de conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE. Situación que no ocurrió con Telcel, dado que este AEI no solicitó clasificación alguna. Como resultado de lo anterior y dado que la información contenida en el Anexo 2-I se obtuvo de fuentes de acceso público fue que tal anexo fue publicado de forma íntegra (...)”²⁰⁶

Respecto del último párrafo del argumento de la recurrente, relativo a la clasificación de la información de la Resolución Recurrída la manifestación es **inoperante por abundar en las manifestaciones al DP**. De conformidad con el artículo 31 bis de la LFCE, corresponde al agente que presenta la información, solicitar y demostrar la pertinencia de la clasificación, para que la misma sea clasificada con el carácter de confidencial. De lo anterior, se desprende que a menos que medie petición de la parte que ofrece la información, la CFC no está obligada a clasificar la información que le es presentada como confidencial. No obstante lo anterior la información contenida en la Resolución Recurrída, en específico los anexos que indica, fue clasificada como confidencial previo a la emisión del DP, esto mediante acuerdos de veintiuno de febrero y treinta de abril de dos mil ocho.

Sin perjuicio de lo anterior, Telcel no explica las razones por las cuales el combatir la integración de otros grupos de interés económico modificaría el sentido de la Resolución Recurrída, por lo que el argumento también es inoperante, por no justificar la transgresión máxime si no señala en qué sentido le podría llegar a causar algún perjuicio la clasificación de información que no es propia. Es decir, la modificación de un Grupo de Interés Económico

²⁰⁶ Páginas 75 y 76 de la Resolución Recurrída.

distinto al de Telcel no daría lugar a una modificación de la resolución. Tampoco señala Telcel qué información del Anexo 2-I sería confidencial, de conformidad con el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que Telcel no señala cuáles fueron los extremos y hechos que la CFC consideró con base en información reservada, por lo que su argumento no pasa de ser una simple manifestación genérica.

3.13.3.2. Falta de fundamentación, motivación, de congruencia, certeza y seguridad jurídica

Respecto del presente numeral, exceptuando el inciso G), el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos, sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Resolución Recurrída viola los artículos 33 Bis, fracciones IV y V, de la LFCE y 55 fracción III, del RLFCE, 190, 191 y 192 del CFPC, en virtud de que en ella se declaró que Telcel es un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante sin sustento fáctico o probatorio y sin que se hubiere llevado a cabo una investigación completa, independiente e imparcial y sin que la autoridad hubiese satisfecho la carga probatoria que le corresponde.

A.- Es falso que las manifestaciones de defensa vertidas por Telcel a este respecto fuesen omisas, imprecisas 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.

Resulta improcedente que en las páginas 108 a 117 de la Resolución Recurrída la Comisión desestimara los argumentos de defensa del particular, bajo el ilegal argumento de que son omisas en precisar la información que faltó así como los hechos, conductas y cuestiones que debían ser corroborados, o que no expresó razones para que la información fuese legítimamente obtenida.

Se llega al absurdo de decir que en la defensa “no se identifican en concreto los preceptos que según Telcel no fueron estudiados y argumentados debidamente al emitir el DP.”

A nadie puede exigirse que acredite o precise un hecho negativo, como lo es lo que faltó en el expediente o por qué la que se dice obtenida no cumple con los extremos lógicos de ley para ser usada en su contra. Simplemente existen las carencias que se apuntaron en el procedimiento, por lo que es absolutamente improcedente que la autoridad pretenda que el gobernado precise qué le faltó.

Es evidente que todos y cada uno de los hechos, conductas o cuestiones que consideró tendrían que haber sido corroborados, y al no serlo sus determinaciones resultan infundadas e ilegales.

No se trata de argumentos imprecisos, inexactos o de imposible resolución, sino de elementos de defensa que demuestran la ilegalidad del actuar de la Comisión y que fueron indebidamente omitidos en la Resolución Recurrída.

La autoridad resolutora no cumplió con la carga probatoria que le correspondería para poder emitir una declaratoria de poder sustancial respecto de Telcel, por tratarse de una autoridad que actúa motu proprio respecto de particulares que, además, es quien emite las resoluciones del procedimiento. La Comisión no ha cumplido con la carga de la prueba que les corresponde respecto de Telcel y, además, ha precluído su derecho para hacerlo.

La Resolución Recurrída es ilegal porque ni del inicio del procedimiento de oficio, ni del Expediente ni del DP se desprenden elementos de cargo o medios de convicción que puedan hacer prueba respecto y en contra de Telcel, que sostengan los extremos de los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE.

Los argumentos de Telcel resultan inoperantes por manifestaciones genéricas, ya que pretende hacer una impugnación general de los medios probatorios que sustentaron la Resolución Recurrída, 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 Recurrída 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 CFC, a efecto de demostrar que la conclusión obtenida por la Comisión no era pertinente, ni coherente; situación que no aconteció.

En otras palabras, si dicha conclusión (que Telcel tienen 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.

B) Referente a los requerimientos formulados, 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 precisa del mismo, ni se le indicara que la acusación que de oficio se presentaba en su contra, ni se le informaran las circunstancias temporales o espaciales precisas que la motivaron y sin que se motivara debidamente el acto de autoridad, en exceso de las atribuciones de esa Comisión y con el ilegal objeto de que mi representada pudiera auto incriminarse ante la falta de conocimiento de la causa.

Telcel, considerando que no tenía obligación alguna de proporcionar la información que arbitrariamente se le solicitó, se negó a hacerlo e informó oportunamente a esa Comisión las razones que fundaron su actuar, para no estar en posibilidad jurídica de proporcionar la información que en vías de autoincriminación pretendía obtener ilegítimamente la Comisión.

En cuanto a los requerimientos de información, sirva la respuesta brindada en el apartado 3.3 de esta resolución.

Independientemente de lo anterior, debe precarse que Telcel fue aperebido en el sentido de que la CFC adoptaría la resolución respectiva con base en la mejor información disponible en caso de no cumplir. Considerar lo contrario equivaldría a que las investigaciones estuvieran sometidas a la voluntad de los agentes investigados o los concurrentes en el mercado.

C) En los numerales que invoca la Comisión en la Resolución Recurrída se demuestra que no existe en el DP un desglose o análisis de las supuestas pruebas obtenidas durante la supuesta investigación de las que se pudiere desprender, aun preliminarmente y ahora en definitiva, que Telcel se ubique en una situación de dominancia que justifique una declaratoria o siquiera la conveniencia o necesidad del procedimiento en que se actúa.

Este argumento es **inoperante** por no combatir la Resolución Recurrída. Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse lo siguiente:

La Comisión no se encuentra obligada a hacer un listado de las pruebas en el DP, pues estas se relacionan a lo largo del documento y se mencionan al analizar un punto en específico, cumpliendo de esta forma con su obligación de fundar y motivar sus determinaciones.

Lo anterior puede corroborarse al analizar la Resolución Recurrída, de la que es patente que a lo largo de la misma se hace referencia a los elementos probatorios en los cuales se basaron las afirmaciones realizadas en el DP, así como una remisión a los folios en que se encuentran dichos medios de convicción. A manera de ejemplo, tan sólo en los apartados 6 y 7 (Mercado Relevante y Poder Sustancial) de la Resolución Recurrída, pueden observarse las notas a pie de página número 598,²⁰⁷ 605,²⁰⁸ 606,²⁰⁹ 617,²¹⁰ 634,²¹¹ 635,²¹² 636,²¹³ 637,²¹⁴ 639,²¹⁵ 641,²¹⁶ 643,²¹⁷ y 645,²¹⁸ de las cuales se desprende que efectivamente se citó las fuentes de dónde provenía la información utilizada para resolver.

D) La información supuestamente obtenida en la etapa de investigación es insuficiente y obtenida en forma ilegal e irregular, por lo que de ninguna manera podría sostener la emisión de la declaratoria.

La Comisión se limitó a hacer una serie de referencias o paráfrasis, citas e impresiones de elementos que no fueron formulados ni son responsabilidad ni provienen de Telcel, al hacer referencias a constancias "agregadas oficiosamente" al expediente por sus "amplísimas" facultades.

²⁰⁷ Remite al "Tomo 44, folios 47705 a 47709".

²⁰⁸ Remite al "Tomo 41, folios 42673 a 42949".

²⁰⁹ Remite a "Información proporcionada por los agentes económicos requeridos en el presente expediente, Tomo 4, folio 3047; Tomo 6, folios 3416 a 003420; Tomo 24, folios 20603 y 20604; Tomo 43, folio 45414; así como los siguientes folios, clasificados como confidenciales en términos del artículo 31 bis de la LFCE, a petición de los agentes económicos que proporcionaron la información: Tomo 6-A, folio 3931; Tomo 7-A, folio 3951; Tomo 8-A, folio, 4914; Tomo 9-A folios 4954 a 004956, Tomo 11-A folios 7040 a 7042; Tomo 12-A, folios 8811 a 8813, Tomo 14-A folios 12314 y 012315; Tomo 15-A folios 13161 y 13162; Tomo 18-A folios 16070 y 16071; Tomo 20-A, folios 17769 y 17770; Tomo 21-A, folios 18708 y 18709; y Tomo 42-A, folio 043956."

²¹⁰ Remite a "folios del 042488 al 042516".

²¹¹ Remite a "Tomo 21-A, folio 18709".

²¹² Remite a "Tomo 39-A, folios 42487 a 42516".

²¹³ Remite a "Tomo 32-B, folios 37969 a 37972".

²¹⁴ Remite a "Tomo 39 folios 42134 a 42153".

²¹⁵ Remite a "Tomo 39-A, folios 42154 a 42575".

²¹⁶ Remite a "Tomo 21-A, folio 18708".

²¹⁷ Remite a "Tomo 4-A, folios 3092bis y 3093, tomo 31-A folios 31299 y 31300".

²¹⁸ Remite a "Tomo 2, folio 929, Tomo 9-A, folio 4947 y Tomo 22-B, folio 20506".

Ni siquiera sabe si la información aludida se refiere a su persona o si le pertenece, o bien si fue obtenida legítimamente, pues las referencias son imprecisas, respecto de documentos o preceptos aludidos en forma parcial e incompleta.

Nuevamente Telcel se restringe a realizar alegaciones vagas al no señalar o especificar a qué referencias en particular se refiere, para determinar si efectivamente son parciales o incompletas, tampoco señala porque son imprecisas, lo que produce que su Inoperancia por ser manifestaciones genéricas, que no tienden a atacar un punto en particular de la Resolución Recurrída.

E) La investigación resultó incompleta y su interpretación tan parcial que la Comisión no consideró adecuadamente que se trata de un mercado regulado y que Telcel ha actuado en cumplimiento de lo que disponen sus títulos de concesión y las reglas emitidas por la autoridad reguladora, reglas que además están firmes y en ejecución eficaz vinculativa.

También se omitió considerar:

(i) que las tarifas de interconexión se establecen por convenios entre las partes, no de manera unilateral y que, además, la autoridad reguladora tiene ciertas facultades al respecto.

(ii) que existen operadores que han impugnado la Resolución EQLLPN pero que ya recibieron un resultado adverso ante la autoridad jurisdiccional, que ya existe ante la propia Comisión el expediente DC-08-2007, cuya Resolución recurrida contiene una materia que demuestra las limitaciones que se han hecho valer en este escrito que de haberse considerado, esta Comisión hubiese concluido que no había lugar a emitir el DP

(iii) que hay resoluciones que se pretenden usar como hechos notorios en perjuicio de los argumentos de Telcel, pero otras se omiten absolutamente, quizá porque a pesar de lo dicho y probado por Telcel no las notaron.

La Comisión se basa única y exclusivamente en información y documentos aportados por los promoventes sin corroborar si dicha información y documentación son verídicas y sin confrontarlas con sustentos fácticos y auténticamente probatorios provenientes de fuentes independientes e imparciales distintas a las partes interesadas.

Se concretó a hacer un mal resumen de los hechos, antecedentes, preceptos y resoluciones de la autoridad reguladora, a tomar como válidas las infundadas y subjetivas apreciaciones formuladas en la solicitud o en escritos de otros procedimientos (los que ni siquiera cita o refiere con precisión) y a concluir de manera dogmática que Telcel tiene poder sustancial en un mercado relevante por el hecho de ser titular de concesiones y cumplir con las condiciones y normas que le son aplicables.

En cuanto a que se toman como ciertos los hechos contenidos en denuncias y solicitudes, cuando éstos sólo pueden probar en contra de los intereses de quién lo formuló, su argumento resulta inoperante por manifestaciones genéricas y por reiterativo. Sobre este particular debe precisarse que, si Telcel se refiere a los hechos considerados para iniciar este procedimiento (ya que no indica a qué manifestaciones se refiere), no se actualiza la hipótesis que describe ya que, las manifestaciones referidas por Telcel, que fueron realizadas por terceros, fueron parte de la motivación para decretar el inicio del procedimiento, no así para determinar el sentido de la resolución.

Acerca de las supuestas omisiones sobre la definición de mercado relevante con base en el cumplimiento de normas sectoriales (se remite al apartado 3.2.1 de esta resolución sobre inmunidad ad hoc), que las tarifas de interconexión se establecen en convenios (se remite al apartado 5.4 de esta resolución), la impugnación de la modalidad EQLLPN (se remite al apartado 3.6 de esta resolución acerca de la suspensión del procedimiento derivada de la impugnación de dicha modalidad), el indebido uso de datos derivado del incumplimiento de la ejecutoria del amparo 458/2009 (se remite al apartado 3.7.4.3 de esta resolución) y la existencia de la resolución en el expediente DC-008 -2007 (se remite al apartado 3.9.2 de esta resolución), se remite a los apartados de esta resolución referidos en los paréntesis.

En cuanto a que la información no se corroboró, el análisis no fue imparcial, se basa en conjeturas carentes de demostración, se utilizan hechos notorios, que la Comisión no analizó sus manifestaciones por no señalar cuáles fueron las fuentes imprecisas, uso de información proveniente de otros expedientes en el DP, el desechamiento de inspecciones ofrecidas como prueba, se trata de argumentos **inoperantes por manifestaciones genéricas**. Lo anterior debido a que Telcel no señala qué argumentos adolecen de los supuestos vicios que argumenta, motivo por el cual esta Comisión no se encuentra en posibilidad de responder argumentos imprecisos.

F) Telcel no exhibió la información "imprescindible y significativa", necesaria para resolver, que le fue requerida, por lo que dicha información no obra en autos ni integró la investigación. En consecuencia, si la información que la propia Comisión considera necesaria no obra en el expediente, entonces la investigación quedó incompleta, habida cuenta que no obran en el expediente, lo entonces resuelto demuestra que la investigación e información necesariamente careció de elementos necesarios, esenciales para poder resolver.

¿Qué mayor absurdo que clasificar algo como indispensable e imprescindible para tramitar y continuar con un procedimiento y, sin tenerlo, continuar de todas formas y pronunciarse?

En la página 115, la Comisión pretende que la carencia de esa información que calificó de "imprescindible" e "indispensable", "no impidió que todo lo efectivamente allegado a la investigación, permitiera sustentar el análisis de mercado relevante y poder sustancial para emitir la Resolución Recurrída correspondiente."

Su argumento resulta **infundado** por las siguientes razones:

Telcel pudo haber contribuido a la investigación, pero decidió no hacerlo. Ello obligó a la CFC a tomar una decisión con base en la información y documentación disponibles. Telcel tuvo la oportunidad de aportar elementos de convicción e información que conviniera a sus intereses y decidió ponerse a la suerte de la información que obraba en el expediente y que ellos no habían aportado. En virtud de ello, no puede ahora argumentar un análisis deficiente y pruebas deficientes, sin haber cooperado en la etapa de investigación.

El artículo 34 bis 2 de la LFCE y 61 de su RLFCE faculta a la Comisión a decidir con la información y documentación disponible, para inhibir que agentes económicos aprovechen su falta de cooperación para argumentar falta de evidencia.

En efecto, el texto mismo del artículo 34 bis 2 de la LFCE señala que "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 la investigación, así como las personas relacionadas con éstos, se nieguen a proporcionar información y documentos, declarar, facilitar la práctica de las diligencias que hayan sido ordenadas o que entorpezcan la investigación o el procedimiento respectivo”.

Es decir, dicho artículo tiene por efecto evitar el entorpecimiento de las labores de investigación de la Comisión, por su negativa a entregar la información requerida o a exhibir aquella que tienda a demostrar sus afirmaciones. Es decir, Telcel alega que las conclusiones de la Comisión son erróneas al no encontrarse dentro del expediente información que sólo él tiene bajo su poder y sólo él podía proporcionar, para desvirtuar las presunciones a las que arribó la CFC, por lo que es evidente que la resolución no puede quedar sujeta a lo que un agente económico quiera o no quiera proporcionar, sino que bastará con que dicha autoridad exprese y explique los hechos, circunstancias, material probatorio y los argumentos que justifiquen la razonabilidad de la conclusión por la cual se estimó que había suficientes elementos para acreditar el poder de mercado de Telcel.

Además, debe destacarse la exposición de motivos de la reforma a la LFCE publicada en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, la cual expresamente señala que uno de los tres fines específicos de dicha reforma es “fortalecer las facultades de la CFC para remediar directamente problemas de falta de competencia en los mercados”. En virtud de lo anterior, mediante la reforma de dos mil seis no sólo se ampliaron las atribuciones de la Comisión para la búsqueda y obtención de información y documentos, sino que se creó el artículo 34 bis 2 de la LFCE para que la CFC pudiera investigar y resolver con la información con la que cuenta y tiene conocimiento. Todo ello con el objeto de simplificar y mejorar los procedimientos asociados con la aplicación de la LFCE.

Por último, el argumento de Telcel lleva al absurdo de considerar que se puede beneficiar de su propia falta de cooperación en un procedimiento que es de interés público, lo cual es, a todas luces, improcedente.

El **inciso G** se responde en cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b., del Considerando Segundo de la presente resolución.

Al respecto, el Tribunal Especializado señaló en el punto 4.8., de la Ejecutoria: “**4.8.** En los (...), **3.13.3.2 Falta de Fundamentación, Motivación, de Congruencia, Certeza y Seguridad Jurídica, inciso G**) (...) la responsable calificó los argumentos relativos como inoperantes por novedosos, señalando que debieron alegarse por la hoy quejosa al manifestarse respecto del dictamen preliminar y no al momento de interponer el recurso, ya que la fijación de las cuestiones a debate se realizaría con base en lo contenido en ese dictamen y la antítesis que formulen los agentes económicos con interés, destacando la responsable que no existe disposición alguna que la obligue a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos que realice. Igualmente, motivó la responsable, la recurrente pretendió traer a estudio elementos que son posteriores al período investigado. (Énfasis añadido)

Esta autoridad realiza la calificación y el análisis íntegro y de fondo sobre el argumento planteado y para ello, se transcribe de manera total el argumento contenido en el primer agravio. Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

“(…)

G) Al respecto cabe destacar que, con independencia de la inconstitucionalidad de los artículos 34 bis 2 párrafo de la LFCE y 61 del RLFCE, así como de la interpretación que les da esa autoridad, lo cierto es que lo que se resuelve al respecto en la especie es sumamente contradictorio. Sí puede agregar constancias de expedientes en forma arbitraria e indefinida, e inclusive clasificarlas como confidenciales e invocarlas como hechos notorios para efectos de desvirtuar a su antojo defensas del afectado o de imputarle cuestiones hechos y situaciones, pero por otro lado desecha las inspecciones ofrecidas como prueba a ese respecto y niega las peticiones de que las constancias de expedientes relacionados sean considerados en el procedimiento como lo promueve la defensa. Por cierto, a esa autoridad, precisamente por su carácter, sí le es imputable la contradicción que, por su parte, pretende usar en detrimento de mi mandante.

Sin embargo como se desprende del escrito de manifestaciones de Telcel y de los preceptos que en él se invocaron a este respecto, es claro que tal determinación de la Cofeco resulta tendenciosa, inexacta e ilegal y coloca en indefensión a mi mandante.

Lo cierto es que de cualquier manera la resolución impugnada adolece de los vicios que al respecto se señalaron en aquel escrito, por lo que le son aplicables las siguientes razones que a continuación se expresan en este agravio.

Como se ha visto y se desprende en forma indubitable del Dictamen Preliminar y ahora de la Resolución Definitiva, el procedimiento que nos ocupa y las propias resoluciones carecen de sustento probatorio del cual pudiera desprenderse y sostenerse una declaratoria de poder sustancial en un mercado relevante en perjuicio de Telcel.

En nuestro sistema jurídico quien afirma tiene la carga de probar, quien acusa o señala debe acreditar los extremos de sus afirmaciones. Eso es particularmente necesario cuando quien promueve, acusa o señala es una autoridad, que actuó de oficio en un expediente en el que pretende emitir una declaratoria respecto de persona alguna.

Así las cosas, siendo el presente un procedimiento administrativo de declaratoria de poder sustancial en mercados relevantes para la imposición de obligaciones específicas a los gobernado (sic) interesados, iniciado de oficio por la Cofeco, es evidente que sobre tal Comisión recae la carga de la prueba que, además, debe cumplir y satisfacer en forma estricta, por tratarse de una autoridad que actuó motu proprio respecto de particulares que, además es quien emite las resoluciones del procedimiento.

Las normas que regulan al procedimiento instruyen a la Cofeco para llevar a cabo una etapa de investigación que debe agotar y que solamente para el caso que tal investigación resulte en la obtención de elementos suficientes, que agoten satisfactoriamente la carga de la prueba, podría emitir un Dictamen Preliminar, que después sea materia de una resolución.

Pues bien, es el caso que la Cofeco no ha cumplido con la carga de la prueba que les corresponde respecto de Telcel y, además, ha precluído su derecho para hacerlo.

En efecto, la resolución que se impugno es ilegal porque ni del inicio del procedimiento de oficio, ni del expediente DC-07-2007 ni del Dictamen Preliminar se desprenden elementos de cargo o medios de convicción que puedan hacer prueba respecto y en contra de Telcel, de los que puedan desprenderse que mi mandante tiene poder sustancial en

mercado alguno, que sostengan los extremos de los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de Competencia, que sustenten las gratuitas afirmaciones de la Cofeco respecto de un supuesto grupo de interés al que no se atribuye ni se acredita conducta alguna. No hay pruebas en contra o en perjuicio de Telcel, por lo que la emisión del Dictamen Preliminar, la continuación de este procedimiento y la emisión de la Resolución Definitiva en el que se le declara como agente económico con poder sustancial en mercado alguno resultan improcedentes por falta de sustento probatorio.

De hecho, la propia autoridad ha señalado y reconocido que su investigación carece de información imprescindible para que pudiera hacerse un análisis de competencia económica y, en fin, para que pudiera dictarse resolución en el expediente respecto de Telcel, razón por la cual éste debió y debe de cerrarse.

La carencia de medios probatorios es tal que la Cofeco sólo pudo acudir a escritos de parte interesada presentados en diversos expedientes para intentar allegarse de elementos que, aunque insuficientes y carentes de idoneidad le permitieron siquiera vestir de alguna forma y mencionar algunos documentos (que no citó con precisión ni claridad) en su Dictamen Preliminar.

Es más, se insiste que -como se reconoce en la Resolución Definitiva- la ausencia de medios de prueba en la etapa de investigación llegó a tal magnitud que, según se indicó en el Dictamen Preliminar (fojas 6/47 a 8/47) precisamente la semana anterior al cierre de esa etapa y después de cinco meses de labor infructuosa, en la desesperación de intentar siquiera cumplir con las formas, aunque no con los contenidos, la Cofeco agregó en forma por demás inmotivada e ilegal una serie de informes, publicaciones y planes que nada tienen que ver con la materia del procedimiento ni con sus verdaderos involucrados, que fueron presentados por distintas personas ante autoridades diversas o bien ante la propia Comisión pero en expedientes distintos con propósitos y finalidades diversos a los que aquí se persiguen y que no pueden hacer prueba en contra de mi mandante, pues no se desprende de ellos conducta o declaratoria perjudicial respecto de mi mandante. Peor aún, algunos de esos elementos ni siquiera podrían ser considerados en autos, por orden de la autoridad de amparo.

Dado que las pruebas son evidentemente insuficientes o inexistentes, las referencias que la propia Cofeco dice hacer respecto de escritos de parte, documentos e informes, son generales, vagos e imprecisos, lo que trasciende a la Resolución Definitiva en que reiteradamente se acude a la misma práctica.

Si acaso, los únicos elementos de convicción que ha tenido la Comisión en relación con Telcel son las copias de los títulos de concesión que le han sido otorgados por el gobierno federal, que de ninguna manera hacen prueba en su contra, sino en su favor en términos de los argumentos de defensa planteados-, así como tarifas o planes tarifarios que son conocidos por la autoridad reguladora y/o el público en general. Nada hay, pues, que acredite el supuesto poder que se imputo a mi mandante, que sustente la definición del mercado relevante que denote conducto alguno que permitiera la consideración de que existe un grupo económico. El Dictamen Preliminar y ahora la Resolución Definitiva carecen, pues, de sustento probatorio por cuanto a Telcel se refiere, por lo que de ninguna manera procede la declaratoria que se emitió en su contra.

En la Resolución Definitiva (como antes en el Dictamen Preliminar) se hacen alusiones a resoluciones dictadas por la Cofetel en otros procedimientos, los que son apreciados fuera de contexto y que, por lo demás, no han sido consentidos ni han adquirido firmeza. Otras veces se criticó el resultado de reglas emitidas por la propia Cofetel, esos sí firmes, que no obstante se soslayan o critican.

Así las cosas, lo único que existe es un expediente en el que obran manifestaciones subjetivas no comprobadas ni firmes, consideraciones parciales de sujetos involucrados en otros expedientes y, si acaso, concesiones y planes que son de conocimiento público o de las autoridades competentes, por lo que no existen elementos que autoricen a emitir declaratoria de poder sustancial de Telcel alguna.”

Las manifestaciones de la recurrente son infundadas, toda vez que no existe ilegalidad en las actuaciones de la Comisión respecto de la información que dicha autoridad agregó de oficio al Expediente y fue utilizada para emitir el DP y la Resolución Recurrída.

Es decir, contrario a lo manifestado por Telcel, esta autoridad advierte que la Comisión actuó en estricto cumplimiento de un mandato constitucional, el cual es materializado mediante la aplicación, observancia, tramitación y ejecución de las acciones y/o procedimientos establecidos en la LFCE. Ahora bien, a fin de que dicha autoridad pudiera cumplir de manera eficaz los fines encomendadas, fue necesario dotarla de amplias facultades (con la única condición de sus actos debían estar fundados y motivados) con el objeto de que los procedimientos tramitados pudieran concluir con la resolución correspondiente. Por lo tanto, la actuación de la Comisión para allegarse de manera oficiosa de información e integrarla al Expediente, está sustentada en las facultades de investigación de dicha autoridad, la cual está fundamentada en términos de lo establecido por los artículos 34 bis 2,²¹⁹ segundo párrafo de la LFCE, en correlación con el 61 del RLFCE,²²⁰ independientemente de la inconstitucionalidad a la que hace referencia Telcel respecto de los artículos en comentario, y sobre la cual esta autoridad carece de facultades para pronunciarse.

Por lo tanto, las actuaciones de la Comisión, las cuales son señaladas por Telcel como ilegales, no son tales, puesto que tal y como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, los actos desplegados por dicha autoridad fueron debidamente fundados tanto en la LFCE como en su reglamento, así como suficientemente motivados. Cabe destacar y no puede pasarse por alto la negativa de Telcel de presentar la información y documentación requerida, no obstante que se encontraba obligada a cumplir con los requerimientos referidos en la presente resolución, explicándole el carácter con el que se le requería a dicho agente

²¹⁹ **“Artículo 34 bis 2. Toda persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que investigue la Comisión o con la materia de sus procedimientos en trámite, tiene la obligación de proporcionar en el término de diez días la información, cosas y documentos que obren en su poder en el medio que le sean requeridos;** de presentarse a declarar en el lugar, fecha y hora en que sea citada, y de permitir que se realicen las diligencias de verificación que ordene la Comisión.

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. Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las sanciones que procedan.” (Énfasis añadido)

²²⁰ **“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 regirán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos.” (Énfasis añadido)

económico dicha información y que esta a su vez era requerida por que estaba relacionada con el mercado materia de la investigación, ante tal negativa y al tratarse de un procedimiento donde prevalece el interés público, sobre el interés de un particular, motivo por el cual la Comisión resolvió con base en la información y documentación disponibles, según lo señalado en los artículos 34 bis 2, segundo párrafo de la LFCE, en correlación con el 61 del RLFCE.

Es de hacer notar, que el legislador previó oportunamente en el artículo 34 bis 2, de la LFCE la facultad de la Comisión para poder de allegarse de información y resolver con base en ésta, ante la absurda negativa de los agentes económicos de aportar medios de convicción que puedan coadyuvar en un procedimiento como el que nos ocupa, más aun, cuando no se trata de un procedimiento sancionador; el legislador reguló el actuar de la CFC, para que ésta actúe conforme a la ley.

De lo anterior se advierte que la razón de ser de las actuaciones desplegadas por la Comisión, tenían como objeto allegarse de la información y documentos necesarios para la emisión de la resolución correspondiente, máxime cuando la propia recurrente, como ya se ha señalado, se negó a presentar la información y documentación requerida.

Cabe señalar que Telcel tampoco acredita las razones por las que la información que fue agregada al Expediente por la Comisión con fundamento en las facultades de investigación que le otorgaba la LFCE, el RLFCE y el artículo 88 del CFPC de aplicación supletoria,²²¹ era ilegal, puesto que, es de explorado derecho que el último dispositivo legal citado contempla la existencia de los hechos notorios,²²² como medios probatorios, los cuales válida y legalmente pueden ser utilizados por las autoridades para la substanciación de sus procedimientos, cuando la información que se utilice, forme parte de los expedientes que se encuentren en sus archivos, hecho que en la especie aconteció.

Telcel tampoco presenta argumentos lógico jurídicos para acreditar que la información agregada al Expediente por la Comisión no puede tener “valor probatorio ni circunstancial”,

²²¹ Artículo 88 del CFPC.- Los hechos notorios pueden ser invocados por el Tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes.

²²² Sirven de sustento a lo anterior los siguientes criterios judiciales: “**HECHOS NOTORIOS. LOS MINISTROS PUEDEN INVOCAR COMO TALES, LOS EXPEDIENTES Y LAS EJECUTORIAS TANTO DEL PLENO COMO DE LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.** De conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, según lo dispuesto por el artículo 2o. de este ordenamiento, resulta válida la invocación de **hechos notorios**, aun cuando no hayan sido alegados ni demostrados por las partes. En ese sentido, es indudable que como los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación integran tanto el Pleno como las Salas de este Alto Tribunal, al resolver los juicios que a cada órgano corresponda, pueden válidamente invocar oficiosamente, como **hechos notorios**, los expedientes y las ejecutorias de aquéllos, como medios de prueba aptos para fundar una sentencia, sin que sea necesaria la certificación de sus datos o el anexo de tales elementos al sumario, bastando con tenerlos a la vista, pues se trata de una facultad emanada de la ley que puede ser ejercida para resolver la contienda judicial.” Localización: (TA); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Abril de 2004; Pág. 259. P. IX/2004. (Énfasis añadido); y “**HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN PARA EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA LAS RESOLUCIONES EMITIDAS EN LOS JUICIOS QUE ANTE ESA AUTORIDAD SE TRAMITEN Y TENGA CONOCIMIENTO POR RAZÓN DE SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.** Se considera que constituyen hechos notorios para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa aquellos de los cuales tenga conocimiento por razón de su actividad jurisdiccional, pues al ser los Magistrados integrantes del citado órgano colegiado quienes intervinieron en la discusión y votación de una ejecutoria, en términos del primer párrafo del artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, pueden invocar e introducir el criterio ahí sustentado en diverso juicio fiscal, puesto que si en un justiciable conexo al de que se trate ya se emitió resolución, válidamente puede hacerse notar ese hecho y apoyarse en él, aun cuando las partes no lo hubiesen mencionado, bastando que se tenga a la vista dicha resolución para invocarla, pues es una facultad que les otorga la ley y que pueden ejercer para resolver una contienda jurisdiccional, máxime si una de las partes lo señaló como prueba, pues en ese caso menos aún puede soslayarse su examen.” Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Agosto de 2002; Pág. 1301.V.3o.15 A. (Énfasis añadido)

siendo que tampoco especifica qué información se encuentra en tal supuesto, ni expresa por qué cierta información, tendría que ser corroborada y/o ratificada por "autoridad competente", o porqué sugiere que dicha información resulta de apreciaciones y datos sujetos a "cambios en función de situaciones exógenas" o emitidos en procedimientos en que Telcel no intervino.

En dicho contexto, la recurrente tampoco señaló con claridad cuál es la información que fue integrada por la Comisión al Expediente y que provenía de otros expedientes, situación que a su juicio le causó perjuicio directo; sino que se limita a hacer manifestaciones genéricas que no permiten de manera precisa saber a qué información pretende referirse, **puesto que tampoco señala cual es el perjuicio que dicha integración de información le generó.**

En todo caso, si Telcel se refiere a la información de los expedientes OPN-003-2005, DE-037-2006 y DC-006-2007, es necesario señalar que dicha información fue analizada y valorada por la Comisión, a fin de acreditar situaciones particularmente relacionadas con el procedimiento tramitado, referentes a las tarifas pagadas por diferentes concesionarios por el servicio de terminación de llamadas en redes móviles, situación que quedó debidamente acreditada dentro de los mismos expedientes y que permitieron a la Comisión sustentar el inicio del procedimiento tramitado.

Por otro lado, contrario a lo afirmado por Telcel, respecto a que la información no fue verificada o ratificada por la autoridad competente, debe puntualizarse que, como se ha señalado anteriormente en relación con la modalidad EQLLPN, la Cofetel consideró que las disparidades en tarifas eran indicativas de que los costos por la terminación de llamadas en redes móviles se encontraban muy por debajo de la tarifa de terminación vigente al momento de emitir la Resolución EQLLPN.

Es de hacer notar que, como se señaló y se ha acreditado a lo largo de la presente resolución, Telcel se negó en reiteradas ocasiones a desahogar el requerimiento y los reiteramientos de información emitidos por la Comisión, lo cual, atendiendo al mandato contenido en el artículo 53 del RLFCE, generó la necesidad de que la Comisión se allegase de información mediante otros medios legalmente válidos y permitidos, tales como agregar información que se encontraba en otros expedientes tramitados ante la propia Comisión y de aquella que fue proporcionada por otras autoridades (la Cofetel), información que evidentemente está relacionada con la materia de la investigación y que tiene como finalidad contar con los elementos que permitieran a dicha autoridad analizar el mercado objeto de la investigación y a los agentes económicos participantes en el mismo, a fin de que en caso de que fuera procedente emitir un dictamen preliminar, estuviera sustentado en la mejor información disponible.

De igual forma, Telcel no presenta argumentos lógico jurídicos para acreditar por qué agregar información proveniente de otro expediente no puede constituir prueba en su contra, siendo que lo anterior fue realizado de conformidad con lo establecido por el artículo 88 del CFPC²²³ de aplicación supletoria a la LFCE, en términos de lo establecido en el artículo 34 bis, tercer párrafo. Esto es, en virtud de que la misma constituyó un hecho notorio para la Comisión por formar parte de los expedientes que se encuentran en sus archivos, y tal proceder no fue

²²³ Artículo 88 del CFPC.- Los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes.

realizado violentando normatividad procesal alguna, además de que, Telcel tampoco señala la razón legal por la que dicha información, es insuficiente y carente de idoneidad.

No está por demás señalar que la información considerada por la Comisión en el DP, fue información presentada por dicho agente económico en distintos procedimientos seguidos ante la propia Comisión, o que provenía de fuentes públicas; información que fue incorporada legal y válidamente en el Expediente mediante diversos acuerdos (veintiuno y veinticinco de abril de dos mil ocho), y a los que se hace referencia explícita en el numeral 1.25 del DP.

La información señalada permitió identificar a Telcel como Concesionario SLM y prestador del STCRM, y considerar que junto con Telmex y Telnor, forma parte del mismo grupo de interés económico, por lo que evidentemente, dicha situación justifica la necesidad de que dicha información fuera revisada y agregada al Expediente a fin de que la Comisión pudiera conocer la integración de los agentes económicos que participaban en el mercado investigado, ya fuese de manera independiente o como un grupo de interés económico.

Ahora bien, los datos sobre los convenios de interconexión celebrados por Telcel y que incluyen la prestación del servicio relevante con otros Concesionarios SL y LD, así como el número y características de los desacuerdos en materia de tarifas del STCRM en los que dicho agente económico ha estado involucrado, fue proporcionada por la Cofetel y por otros agentes económicos que cumplieron con los requerimientos de información y documentación emitidos por la Comisión dentro del Expediente. La información obtenida fue fundamental para conocer las características del servicio, del mercado y su funcionamiento, de manera que contrario a lo aducido por la recurrente, toda la información recabada por la Comisión constituyó un medio idóneo para substanciar el procedimiento tramitado, información que además se constituye como medios probatorios legales, idóneos y eficaces que la propia recurrente no logró desvirtuar.

También resultan infundadas las aseveraciones de Telcel respecto de la deficiencia de la investigación mediante la cual la Comisión obtuvo la información radicada en el Expediente y el análisis para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes definidos en el DP. Lo anterior es así, toda vez que Telcel soslaya que la Comisión, tal y como lo señala la LFCE debía allegarse de toda la información necesaria para que sus procedimientos culminaran con la resolución correspondiente y que al efecto, podía requerir información y documentos a todos aquellos agentes relacionados o los que tuvieran conocimiento de los hechos materia de la investigación.

Por lo tanto, la información recabada por la Comisión debía ser necesariamente tomada en consideración, para que del análisis integral de la misma y sin distinguir de manera discriminatoria al agente económico que la hubiese proporcionado, se pudiera determinar la estructura, el funcionamiento y los agentes económicos que participaban en el mercado investigado. Entre la información requerida a Telcel, a otros Concesionarios SLM y a los Concesionarios SLF, se encontraba la siguiente:

a) Para los Concesionarios SLM: **(i)** la descripción de las distintas funciones, elementos, capacidades, infraestructura y servicios de la respectiva red móvil que intervienen o son empleados en la realización de llamadas locales y de larga distancia, punta a punta, en la modalidad EQLLP, para comunicaciones on-net, off-net fijo y off-net móvil; **(ii)** los servicios de

interconexión (por ejemplo, tránsito, coubicación, etc.) que se utilizan en la prestación de los servicios de terminación conmutada; **(iii)** los costos de los elementos, funciones y servicios antes referidos, que incluyeran al menos los correspondientes al acceso inalámbrico (radio bases y espectro radioeléctrico), el transporte y la conmutación; **(iv)** los sustitutos del servicio de terminación conmutada de cada concesionario, bajo la modalidad EQLLP; **(v)** estudios o elementos sobre la sensibilidad de los usuarios finales sobre la tarifa de terminación conmutada que pagan los Concesionarios SLM que les proporcionan los servicios finales de telefonía; **(vi)** número de líneas y volúmenes anuales de tráfico local y de larga distancia para los años dos mil cinco, dos mil seis y dos mil siete por área de servicio local; **(vii)** las respectivas tarifas del servicio de terminación conmutada para el periodo citado, cobradas y pagadas y los ingresos obtenidos por los servicios de terminación conmutada en redes móviles; **(viii)** los casos en que la Cofetel resolvió desacuerdos sobre las condiciones de los servicios de terminación conmutada (interconexión) que no hubieran podido convenir directamente los concesionarios; **(ix)** los principales insumos requeridos para prestar el servicio de terminación conmutada en red móvil a otros Concesionarios SFL y LD, y **(x)** precios y tarifas de servicios de comunicación móvil a los usuarios finales en contratos de prepago, post pago, y las respectivas ofertas on-net y off-net en algunos planes que esta Comisión tuvo acceso vía páginas de internet.

b) Para los Concesionarios SLF: **(i)** descripción de las distintas funciones, elementos, capacidades, infraestructura y servicios de red empleados en la realización de llamadas locales y LD, punta a punta, en la modalidad EQLLP, originadas en las respectivas redes fijas y terminadas en las redes de los Concesionarios SLM; **(ii)** enumerar y describir los distintos elementos y servicios que requiere la originación de la llamada en cada tipo de red fija, tales como: acceso alámbrico, transporte y conmutación, entre otros, señalando el uso de infraestructura arrendada (por ejemplo, enlaces de larga distancia); **(iii)** enumerar y describir las distintas funciones, elementos, capacidades, infraestructura y servicios de la red de los Concesionarios SLM que normalmente intervienen o son empleados en la terminación conmutada de una llamada local, punta a punta, en la modalidad EQLLP originada en la red de los Concesionarios SLF pero terminada en las redes de Concesionarios SLM, enumerando los distintos elementos y servicios que requiere la terminación móvil, como: acceso inalámbrico, transporte y conmutación, entre otros; **(iv)** costos desagregados del servicio o función de originación conmutada en una red fija, dada la complementariedad de la originación con el servicio de terminación conmutada en redes móviles; **(v)** sustitutos de los servicios de terminación conmutada prestados por los concesionarios del servicio local móvil, bajo la modalidad EQLLP, a los Concesionarios SFL y/o LD; **(vi)** proporcionar estudios, información o elementos sobre la sensibilidad del usuario final receptor de una llamada en una red móvil en la modalidad EQLLP, respecto al pago implícito por terminación en la red móvil que hacen los suscriptores de los Concesionarios SFL y/o LD que originan dichas llamadas; **(vii)** tráfico local y de LD anual, por ASL, originado en las redes fijas y terminado en esas mismas redes, así como el terminado en las redes de otros Concesionarios SFL y/o LD, y en las redes de los Concesionarios SLM, para los años de dos mil cinco, dos mil seis y dos mil siete por ASL; **(viii)** tarifas de terminación conmutada en redes móviles pagadas durante el periodo de estudio, y **(ix)** los casos en que la Cofetel resolvió desacuerdos sobre las condiciones de los servicios de terminación conmutada en redes móviles que no hubieran podido convenir directamente los concesionarios.

Por otro lado, tampoco pasa desapercibido que la recurrente no precisa la información que supuestamente no se agregó al Expediente y que a su juicio hubiera completado el análisis realizado por la Comisión. De igual forma, tampoco identifica los hechos, conductas y cuestiones que debían ser “corroborados” para verificar la certeza y precisión de los mismos y que, por la misma razón, según entiende la recurrente, adolecen de veracidad y precisión.

Cabe reiterar que un procedimiento de investigación exige allegarse de la mayor cantidad de información respecto del mercado investigado (en este caso, el sector de telecomunicaciones) que sea relevante y pertinente para el análisis realizado por la autoridad competente. Ahora bien, por razones de especialización técnica y conocimiento del sector, son los agentes económicos que participan efectivamente en el mercado materia de la investigación (esto es, los usuarios y proveedores del servicio relevante), así como la autoridad reguladora del sector al que el mercado investigado pertenece (Cofetel), quienes cuentan con la mejor información disponible. De esta forma, y como se especificó en el apartado de antecedentes del DP, dentro del Expediente la Comisión se allegó la información relevante y pertinente de quienes participan en el mercado en términos de lo antes expuesto, sin que exista exposición por parte de Telcel de las razones por las que considera que la investigación no fue exhaustiva.

La recurrente tampoco realiza manifestaciones que acrediten que la información obtenida por la Comisión se haya obtenido de forma ilegal e irregular. De igual forma, señala de manera genérica que no existe información que sustente o pruebe que dicho agente económico no tenga poder sustancial y que inclusive, la información recabada por la Comisión no prueba dicha situación, toda vez que a su juicio, la información recabada no prueba nada en su contra, siendo que por un lado, dicho agente económico se negó a presentar la información y documentación requerida por la Comisión y que además tampoco desvirtuó con los medios de prueba puestos a su alcance en el Dictamen Preliminar.

Por otro lado, el señalamiento de Telcel en el que manifiesta que para sustentar el DP se utilizó información de “parte interesada o involucrada” y no de fuentes imparciales, no es razón suficiente para desestimar el valor y alcance probatorio de la información de la que se allegó la Comisión para emitir la Resolución Recurrída, ello en razón de que la información que sustenta el análisis realizado durante la etapa indagatoria fue proporcionada por los agentes económicos relacionados con el procedimiento, y sería incongruente utilizar información de personas que no lo fueran. Cabe advertir que en el supuesto caso de que Telcel hubiera dado respuesta a los requerimientos de información, la CFC hubiera tenido oportunidad de contar con otra información que podría desvirtuar la información presentada por los agentes económicos relacionados y la autoridad reguladora (Cofetel), sin embargo Telcel mantuvo su negativa y esto simplemente, no ocurrió.

De igual forma, Telcel señala de manera genérica supuestas “fuentes imparciales”, sin que al efecto precise quienes conforman dichas fuentes, no acredita por qué, en todo caso, no debería tomarse en consideración la información obtenida o proporcionada por las mismas y tampoco, en el mejor de los casos indica cuál o quién podría ser una “fuente imparcial” de la que, sustentada y justificadamente podría obtenerse información válida para la substanciación del procedimiento tramitado por la Comisión.

Con relación a la información sobre Telcel, la cual fue proporcionada por agentes económicos que si desahogaron los requerimientos de información y documentos emitidos

por la Comisión, así como aquella proporcionada por la Cofetel durante la primera fase de la investigación (esto es, antes de la emisión del DP), dicha información se encuentra visible e integrada al Expediente²²⁴ en que se actúa. Se hace dicha precisión a fin de desacreditar lo dicho por la recurrente en el sentido de que no existe ninguna prueba con la que se pueda acreditar la existencia de poder sustancial que detenta dicho agente económico.

Por otro lado, se señala a la recurrente que el procedimiento de declaratoria de poder sustancial no tiene como objeto "probar algo en contra de Telcel" como lo sugiere dicho agente económico, sino que su objeto es investigar y analizar las condiciones del mercado objeto de estudio para determinar si algún agente económico tiene poder sustancial en algún mercado relevante.

Dicha situación se hace patente de la lectura que se realice no sólo al artículo 33 bis de la LFCE, también lo confirma el texto del acuerdo de inicio del procedimiento, el cual establece que: "El presente acuerdo no debe entenderse como un prejuzgamiento (...) por parte de agente económico alguno (...ni...) implica la imposición de las sanciones previstas en el artículo 35 de la LFCE".²²⁵

En otro sentido, la supuesta carencia de información relevante y pertinente para sustentar el DP, a partir del incumplimiento -de la propia recurrente-, al requerimiento de información y documentación y de los reiteramientos posteriores, no logra acreditar que la información de la que se allegó la Comisión sea inválida y mucho menos insuficiente para haber emitido el DP ni la Resolución Recurrída. Se señala lo anterior toda vez que la omisión de Telcel de cumplir con dichos requerimientos no fue obstáculo para que la Comisión utilizara otros medios, a otros agentes económicos y la colaboración de otras autoridades relacionadas (como la Cofetel) dicha situación para allegarse de la información necesaria que le permitiera sustentar el análisis de mercado relevante y poder sustancial para emitir la Resolución Recurrída.

De igual forma, Telcel tampoco precisa la falta de idoneidad de la información utilizada, ni desvirtúa los argumentos esgrimidos dentro del análisis de la etapa indagatoria, sino que se limita a realizar manifestaciones generales que carecen de sustento. Por lo tanto, tal y como se señaló en la Resolución Recurrída, en términos de lo establecido en el artículo 34 bis 2 de la LFCE, la Comisión válidamente podía emitir sus resoluciones "preliminares o definitivas", con base en los hechos de los que tuviera conocimiento y haciendo uso también de la información y documentación disponible. Por lo tanto, resulta inconcusos que el precepto legal citado y referido por la Comisión en la Resolución Recurrída para fundamentar la inclusión de diversa información en el Expediente, contempla y trata de prevenir que en caso de que los agentes económicos involucrados en los procedimientos tramitados por la Comisión, se nieguen a proporcionar información o entorpezcan la investigación o procedimiento, dicha autoridad podrá emplear los medios que estime pertinentes para allegarse de la información necesaria para la substanciación de sus procedimientos.

Cabe señalar que la Comisión se allegó de la mayor cantidad de información disponible respecto del sector de telecomunicaciones y en particular del mercado analizado pues,

²²⁴ Las constancias de acceso al expediente de personas autorizadas por Telcel se encuentran a partir del Folio 48899 del Expediente.

²²⁵ Folio 1 del Expediente.

según consta en los numerales 1.11, 1.18 y 1.26 del DP, entre el once de enero y veintitrés de abril del dos mil ocho, diversos agentes económicos proveedores y demandantes del STCRM, con excepción de Telcel, proporcionaron la información antes referida. Asimismo, en los numerales 1.19 y 1.22 del DP se indica que los días veintiséis de marzo y dieciséis de abril del mismo año, la Cofetel presentó diversa información que le fue requerida. Esta información fue relevante y pertinente para el análisis que llevó a cabo la Comisión dentro del procedimiento tramitado, porque fue aportada precisamente por quienes mejor podían proveerla; es decir, los usuarios y proveedores del servicio, y la autoridad reguladora correspondiente.

Dicho supuesto es totalmente aplicable al caso concreto, toda vez que Telcel no presentó la información y documentación requerida y ahora pretende que tal incumplimiento tenga efectos en su beneficio. No pasa desapercibido que Independientemente de lo referido por Telcel, la información y documentación de la que se allegó la Comisión y que fue legalmente agregada al Expediente, fueron suficientes para determinar la existencia de poder sustancial de Telcel en los mercados relevantes de STCRM.

La recurrente también asevera que en el apartado de poder de mercado del DP se parte de supuestos no demostrados, indicios oscuros, hechos sin comprobar, situaciones hipotéticas, presunciones, conjeturas y manifestaciones de otros concesionarios carentes de demostración o comparación, que son insuficientes para sostener que tiene poder sustancial "so pena de hacer nugatorios sus derechos".²²⁶

De igual forma, considera que el DP se compone de conjeturas y conclusiones gratuitas, que carecen de toda demostración o presunción fáctica y fehaciente, porque: **(i)** se basa única y exclusivamente en la decisión previa de que Telcel tiene poder sustancial y debe ser específicamente obligada; **(ii)** es un "mal resumen de los hechos, antecedentes, preceptos y resoluciones de la autoridad reguladora";²²⁷ **(iii)** se concluye de manera dogmática que tiene poder sustancial de mercado por el hecho de ser titular de concesiones y adoptar las modalidades EQLLP establecidas por el regulador. Lo anterior según Telcel, acredita que el DP es totalmente parcial y subjetivo, sin que pueda desprenderse un análisis imparcial e independiente.

Las aseveraciones antes citadas son meras suposiciones y carentes de sustento, toda vez que tal y como se advierte del apartado 5 del DP, la Comisión estudio y consideró todos y cada uno de los elementos a que hace referencia el artículo 13 de la LFCE y sus correlativos del RLFCCE, a partir de las constancias que obran en el Expediente y de la regulación sectorial aplicable. Dicha circunstancia no ha sido desvirtuada por Telcel ni con argumentos ni con pruebas que logren acreditar la veracidad de su dicho.

Lo expuesto en los incisos f a k, del numeral 5.1.23 de la Resolución Recurrida, acreditan que los elementos analizados de conformidad con lo establecido en los artículos 13 de la LFCE, 12 y 13 de su reglamento dentro del DP, están sustentados en la información fáctica que se encuentra agregada al Expediente, con lo cual, se construyeron razonamientos técnicos y legales que demuestran que cada uno de los Concesionarios SLM tiene poder sustancial en su propia red, por lo que no existe razón alguna para afirmar que el procedimiento tramitado por la Comisión ni la

²²⁶ Folios 48267 y 48268 del Expediente.

²²⁷ Folio 48233 del Expediente.

propia Resolución Recurrída está basado en la decisión previa de que Telcel tiene poder sustancial. Por otro lado, Telcel tampoco señala ni acredita (en caso de que así fuera) cual fue la resolución emitida por la Cofetel de la cual la Comisión extrajo el "resumen" para emitir la Resolución Recurrída, no olvidando además que la información que en todo caso haya proporcionado dicha autoridad, también puede ser analizada y valorada, hasta aquellos puntos que estén relacionados con la investigación que realiza, de manera independiente la Comisión.

Finalmente, Telcel tampoco precisa, a quienes se refiere específicamente cuando de manera genérica se refiere a las "manifestaciones de otros concesionarios" y los "hechos sin comprobar" que requieren de "demostración" o "comparación", ni respecto a qué se debería efectuar la comparación que sugiere. Toma relevancia lo anterior toda vez que de las constancias del Expediente se advierte que la Comisión señaló de manera precisa tanto en el DP como en la Resolución Recurrída los elementos (aportados por diversos agentes económicos y por la Cofetel) que se tomaron en consideración y que acreditaban (sin que Telcel pudiese demostrar lo contrario) que la recurrente sí tenía poder sustancial en el mercado investigado. Por lo tanto, Telcel no puede pretender que se tenga por desacreditada una conducta sustentada en medios probatorios legales y materiales contenidos dentro del Expediente con meras suposiciones y señalamientos genéricos.

H) Se buscó invertir el principio de la carga de la prueba y, con ello, vulnera el principio de inocencia salvo prueba en contrario, consagrados en nuestro sistema jurídico.

La Comisión pretende que en la especie no opere o no sea "exactamente aplicable al caso" el derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque no se trata de un proceso penal ni de un caso de "derecho administrativo sancionador". Para ello citó un criterio jurisprudencial que en nada beneficia su postura, pues en todo caso sólo da la razón a Telcel al extender la protección constitucional a casos en que se impone una sanción administrativa, y no excluye un procedimiento como el que nos ocupa.

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 dejaron a su cargo probar; adicionalmente, como se ha dicho líneas arriba, son los propios agentes económicos 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 Comisión a través de su conocimiento sobre 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 DP.

En cuanto a la invención de presunciones en que incurre la CFC, el argumento es **infundado**. De conformidad con el artículo 190, fracción II, del CFPC, dicha autoridad se encuentra facultada para utilizar la prueba presuncional a efecto de comprobar la veracidad de sus conclusiones. En este sentido, la Comisión acreditó la existencia de una pluralidad de hechos fiables (como la obligación de adquirir y vender el servicio de interconexión, los retrasos por parte de los concesionarios del SLM para brindar los servicios relevantes, la existencia de desacuerdos entre los concesionarios respecto la interconexión, la imposibilidad física de que un agente distinto pudiera terminar las llamadas en una red móvil de la cual no fuera el titular, la asimetría entre los concesionarios de redes de telefonía móvil respecto los de redes fijas y

del SLD), cuya consecuencia pertinente y coherente era la detentación de poder sustancial en el mercado relevante por parte de Telcel.²²⁸

I) Esa limitación de garantías que pretende la Comisión es, desde luego, indebida y vulnera el principio pro homine y es violatoria de garantías individuales, concretamente las establecidas en los artículos I, 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 o solicitante carece de poder sustancial en el mercado relevante.

El DP no podía ni debía ser confirmado bajo ningún concepto, como tampoco debe subsistir la Resolución Recurrída, 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 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 Recurrída y en los apartados correspondientes en la presente resolución.

3.13.4. Falta de vigencia

Respecto del presente numeral, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

²²⁸ En apoyo se cita la jurisprudencia bajo el rubro: "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.

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

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, por lo que 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 (octubre de dos mil once).

Lo único que obra en el expediente y que fue estudiado por la Comisión se remite al año dos mil siete, por lo que del procedimiento sólo podría concluirse que -según la Comisión- Telcel tuvo poder substancial en el mercado relevante en el año dos mil siete.

Así lo reconoce la Comisión en páginas 131 y 179 de la Resolución Recurrída.

Aun suponiendo que fuese válido el artículo 63 de la LFT, hay que subrayar que en materia de competencia y de mercados, se está siempre frente a situaciones cambiantes que requieren de un análisis oportuno a fin de asegurar la eficacia de la medida que se adopte.

El hecho de que el expediente DC-07-2007 se base en información que data de hace más de cuatro 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 dos mil once o años venideros. Por ello no se entiende que se soslaye la necesidad de actualización, para emitir una declaratoria extemporánea y obsoleta por el tiempo transcurrido de dos mil siete a la fecha.

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 exigencia de un análisis del comportamiento reciente de la fracción IV del artículo 13 lleva a la conclusión de que la determinación de poder substancial en presente no puede, estar sustentada en una investigación de elementos y situaciones pasadas.

Además, del dos mil siete a la fecha han ocurrido importantes hechos que han modificado el sector de las telecomunicaciones y concretamente el servicio local móvil concesionado a Telcel, desde nuevas tecnologías hasta la emisión de resoluciones generales relevantes por parte de la Cofetel, hasta el avance de los competidores.

La Resolución Reclamada 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 Recurrída. Sirvan de contestación lo contenido en los apartados 5.5.1 y 5.5.2 de esta resolución respecto las condiciones del mercado y los incentivos de los agentes con base en los cuales es posible considerar su comportamiento a futuro.

La resolución recurrida se encuentra apegada a derecho, ya que de resolver fuera de un periodo 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 esta 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 Recurrída, ello no impediría al regulador del sector ejercer sus atribuciones y analizar la oportunidad e idoneidad de imponer la regulación asimétrica derivada de la presente declaratoria.

Cuarto.- Determinación de Mercado Relevante

Respecto del presente Considerando, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas a las manifestaciones de Telcel atendidas en el mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Al respecto, se formularon los siguientes agravios en contra de la definición de mercado relevante realizada en la Resolución Recurrída:

4.1. Errores en la motivación del acuerdo de inicio

Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La Resolución Recurrída es ilegal pues viola lo dispuesto en los artículos 1o, 3, 12, 13, 33 bis y demás relativos de la LFCE y los correlativos del RLFCE, ya que en ella se definió incorrectamente el mercado relevante y, se determinó indebidamente el supuesto poder sustancial de Telcel.

La Resolución Recurrída basa su análisis en los servicios que surgen a partir de la implementación de las modalidades EQLLPL y EQLLPN.

A decir de la Comisión "Dicho procedimiento se inició bajo las siguientes consideraciones:

- a) (...) diversos operadores de redes locales fijas y de larga distancia manifestaron que las tarifas que pagan por la terminación de llamadas en redes móviles son sustancialmente superiores a las que cobran los concesionarios SLM a sus suscriptores por llamadas punta a punta dentro de sus respectivas redes.
- b) (...) el Pleno de la Cofetel el dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, señaló que los costos por terminación de llamadas en redes móviles podrían encontrarse muy por debajo de las tarifas de terminación de dichas redes, entonces vigentes.
- c) (...) las tarifas por terminación conmutada en redes locales móviles son mayores que algunas tarifas por llamadas originadas y terminadas en una misma red móvil."

De analizar las consideraciones anteriores se puede observar que:

- i) En los incisos a) y c) se comparan tarifas de terminación de llamadas con tarifas al usuario final, se comparan los precios en dos mercados distintos, con elasticidades distintas, con participantes distintos, y características disímiles. En la oferta de servicios de voz a los

usuarios finales, las tarifas efectivamente cobradas al usuario final no se reflejan en el análisis de las tarifas nominales establecidas para cada uno de los servicios que componen dicha oferta. Es necesario determinar, dado el perfil de consumo del usuario y el plan al que esté suscrito, la tarifa promedio ponderada implícita que permita obtener el costo de la canasta de servicios de voz que el usuario obtiene ante la adquisición de un plan específico (usuario de pos pago) o de una tarjeta de cierta denominación o bajo ciertas condiciones (usuario de pre pago). Una comparación de tarifas en mercados distintos, no es razón suficiente para considerar la posible existencia de poder sustancial en el mercado descrito por la autoridad.

ii) El inciso b) establece que las conclusiones de la Cofetel corresponden a un análisis de las tarifas vigentes al 16 de noviembre de 2004 que se han modificado a través del tiempo. Por lo que dicho análisis no es correcto para obtener conclusiones relacionadas con la situación actual de la industria.

De dichas consideraciones, se concluye que el análisis de la Comisión es erróneo, y está basado en condiciones de mercado que no corresponden a las actuales. Las afirmaciones de la Comisión no consideran el efecto en el mercado analizado de los resultados de diversas tesis, resoluciones, y otras modificaciones actuales producto de la intervención de la Cofetel, en el sector y en el mercado definido por la Comisión.

Esta intervención de la autoridad y el producto de sus resoluciones son de gran importancia en el mercado definido por la Comisión, debido a que el mismo existe por la regulación establecida por esta autoridad y que la faculta para su intervención en el mismo.

El servicio de terminación conmutada prestado por Telcel es resultado de la existencia de la modalidad EQLLPL y EQLLPN. Es la modalidad EQLLPL responsable del concepto de interconexión y terminación de llamadas entre RPT's, y es responsable del concepto de tarifa y cobro por concepto del servicio de terminación. Son la regulación y normatividad, las responsables de la existencia del mercado relevante y cualquier modificación al mercado derivada de la misma el que permitirá determinar a la Comisión las condiciones efectivas en el mercado que permitan concluir la existencia o no de poder sustancial en el mismo. Cualquier análisis de competencia relacionado con un mercado como el definido deberá considerar todas las resoluciones vigentes en materia de interconexión o terminación de tráfico, ya que podrían modificar desde la definición del mercado relevante como las condiciones en el mismo que permitan concluir la existencia de poder sustancial. El presente agravio busca analizar la incongruencia y falta de vigencia e idoneidad existente en el supuesto poder sustancial de Telcel en el mercado relevante a la luz de la realidad económica y regulatoria actual. Así, dados los resultados actuales en el mercado de las últimas resoluciones de la Cofetel, se puede concluir que no existe de facto poder sustancial en el mismo.

El argumento es **inoperante** ya que no se combate la Resolución Recurrida, por lo siguiente:

En la Resolución Recurrida la CFC no calificó la diferencia que pudiera existir entre las tarifas de los servicios relevantes y las tarifas de los servicios finales; sino, únicamente se indicó que las modificaciones que sufrieran las primeras no repercuten en las tarifas de los servicios finales, pues los planes de consumo al usuario final tienden a fomentar la formación de grupos cerrados y la originación de llamadas on-net.

Por otro lado, Telcel está reconociendo que los servicios relevantes son distintos de los mercados de servicios a usuarios finales, con características diferentes, distintos participantes.²²⁹ En el Considerando Sexto, se revisa si las asimetrías entre redes resultan relevantes para evaluar el posible poder sustancial de concesionarios específicos.

Por lo que hace a que las condiciones regulatorias del mercado han cambiado y que la Comisión consideró sólo tarifas vigentes al dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, debe apuntarse que dichas tarifas, de conformidad con el "Acuerdo por el que se establece el procedimiento para el registro de tarifas de los servicios de telecomunicaciones, al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones", emitido por la Cofetel el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, **establece que se deberá informar a la Cofetel cuando las mismas dejen de aplicarse**, hacen presumir que se encontraban vigentes, pues en todo caso Telcel debió acreditar que dio el aviso correspondiente a Cofetel. Además, Telcel no señala cuáles son las resoluciones posteriores a esa fecha que dejaron de considerarse, ni la forma en que éstas modificarían la definición de mercado. Telcel considera que la modificación de la modalidad EQLLP dejaría sin efectos la definición de mercado hecha por la CFC; sin embargo, omite el hecho de que dicho esquema regulatorio no fue la única motivación que sustentó la definición de mercado (por ejemplo, no considera la imposibilidad tecnológica de que un agente, distinto a Telcel, pueda terminar llamadas en la red de Telcel).

Finalmente, debe apuntarse que las consideraciones de Cofetel y sus resoluciones utilizadas como motivación para decretar el inicio del procedimiento de origen sólo constituyeron el medio a través del cual la CFC se hizo del conocimiento de posibles distorsiones en el mercado y decidió investigar las condiciones del mismo.

Acerca de que las condiciones que dieron origen al procedimiento ya no son las prevalecientes, se remite a los apartados 3.13.4, 5.5.1 y 5.5.2 de esta resolución.

4.2. Sensibilidad de los usuarios

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Para fundamentar una definición tan estrecha del mercado relevante la Comisión presenta argumentos erróneos e incluso contradictorios con afirmaciones hechas por la Cofetel, lo que pone en duda la correcta definición del mercado relevante y, todas las conclusiones de la Resolución. A continuación se presentan algunas de estas afirmaciones.

La Comisión justifica la existencia de un mercado relevante tan estrecho afirmando que los usuarios finales de los servicios de telefonía móvil tienen una nula sensibilidad a los cambios en los niveles de las tarifas de terminación. Llegando incluso a aseverar que la demanda por dichos servicios es perfectamente inelástica. Esta afirmación de la Comisión es contraria a una reciente afirmación de la Cofetel en la Resolución Mediante la cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones determina las Condiciones de Interconexión no Convenidas entre Alestra, S. de R.L. de C.V., y Telcel donde la autoridad en materia de telecomunicaciones afirma que "Bajo la modalidad 'el que llama paga' en la terminación de llamadas fijo-móvil, una tarifa de interconexión elevada es transferida totalmente a la tarifa final que pagan los usuarios de la red fija. Por otra parte, la mayor parte de los usuarios

²²⁹ Se desprende que se trata de un oferente en cada mercado relevante de Terminación Móvil y la concurrencia de todos los concesionarios de servicios locales móviles en los mercados de servicios a usuarios finales.

son poco sensibles al precio que asumen las personas que las llaman desde la red fija...” Aunque la Cofetel reconoce que los usuarios finales son poco sensibles a los precios que asumen las personas que los llaman, los cuales están determinados en gran parte por la tarifa de interconexión, esa sensibilidad no es nula, como afirma la Comisión de manera errónea. Dado que la tarifa de interconexión debiera ser transferida, como bien señala la Cofetel, totalmente al usuario final, éste tiene toda la capacidad para reaccionar a la misma independientemente de que no la conozca de manera desagregada dentro de la tarifa que paga. Una tarifa de interconexión desproporcionalmente elevada que genere a su vez una tarifa off-net desproporcionalmente elevada podría tener como consecuencia una disminución en la cantidad demandada de este tipo de tráfico. Esta disminución en el tráfico no sólo podría perjudicar al usuario que origina la llamada; sino también al usuario receptor cuyo interés en la comunicación móvil radica en hacer y recibir llamadas. Una tarifa de interconexión tal que desincentive el tráfico de entrada a un usuario de telefonía móvil podría generar en éste la decisión de cambiar de operador. Más aún si se considera la gran proporción de los usuarios de telefonía móvil que son principalmente receptores de tráfico. Es falso que dichos usuarios, tanto originador como receptor, presenten una sensibilidad nula al nivel establecido para la tarifa de interconexión o terminación de tráfico.

El argumento de Telcel es infundado. En principio debe apuntarse que la resolución de Cofetel citada por Telcel respecto a un desacuerdo tarifario en el marco de un convenio de interconexión, se refiere a que “la mayor parte de los usuarios son poco sensibles al precio que asumen las personas que las llaman desde la red fija”, esto es, a que los usuarios finales que reciben llamadas off-net en su teléfono móvil, son poco sensibles a los precios que pagan los clientes de las redes fijas por hacer llamadas hacia las redes móviles. De lo anterior se desprende que si el usuario receptor no es sensible al precio final que paga el usuario originador, menos aún lo será a la tarifa de servicios relevantes que forma parte de costo de la llamada off-net que recibe. Así, la consideración de la Cofetel en realidad apoya la conclusión de la Resolución Recurrída respecto a la ausencia de sensibilidad de los usuarios finales a las tarifas del servicio relevante.

En la Resolución Recurrída el análisis de la sensibilidad del usuario originador a las tarifas de los servicios relevantes se hizo distinguiendo entre los siguientes rubros:

- i) Usuarios del SLM en planes de post-pago,²³⁰
- ii) Usuarios del SLM en planes de pre-pago,²³¹ y
- iii) Usuarios de concesionarios del SLF.²³²

²³⁰ “En los contratos de post-pago, las tarifas de las llamadas on net y off net a redes móviles pueden ser similares en los minutos incluidos en la renta. También se observa que en diversos planes se efectúa una segmentación por cantidad de minutos de llamadas on net y off net, así como por minutos a grupos cerrados de usuarios. De los planes analizados también se desprende la existencia de opciones donde las tarifas de las llamadas on net y off net a teléfonos móviles incluidas en la renta son menores para las primeras. Por lo demás, las tarifas por minutos adicionales de llamadas on net y off net a móvil son generalmente más altas para las últimas” Páginas 396 y 397 de la Resolución Recurrída.

²³¹ “En los contratos de pre-pago las tarifas y facilidades ofrecidas en las llamadas on net son generalmente más favorables que en las llamadas off net a móvil.” Página 397 de la Resolución Recurrída.

²³² “6.21 En los servicios de telefonía fija, las tarifas de las llamadas off net a terminales móviles incluyen un cargo explícito que agrega en un solo concepto la tarifa del Servicio Relevante y un costo por facturación y cobranza fijado por cada concesionario

Ahora bien, Telcel señala que los usuarios tienen plena capacidad para reaccionar frente a elevadas tarifas de terminación, lo cual se reflejaría en una reducción de la demanda del tráfico off-net. Dicha afirmación resulta ociosa, ya que en nada modifica el sentido de la resolución, porque no combate la razón por la cual tal reacción difícilmente sucede: que los usuarios finales eligen a su operador móvil por los precios de los paquetes de servicios que ofrece (mezclas de llamadas on-net, off-net, mensajes, acceso a internet, etc.), y no sólo por los precios de las llamadas off-net que aplica. Esto provoca que se diluyan significativamente o desaparezcan las probabilidades de que los usuarios de una red móvil puedan asociar las tarifas de terminación que cobran las otras redes móviles por terminar las llamadas off-net las cuales, además, desconocen (nadie se las informa). Además, si Telcel considera que la cantidad de TPC de llamadas off-net sería una clara indicación de la capacidad de respuesta de los usuarios, entonces debiera de aportar los elementos probatorios a efecto de acreditar que el índice de crecimiento de dicho tráfico es inversamente proporcional a las modificaciones que sufra la tarifa de terminación.

También indica Telcel que una elevada tarifa de terminación, eventualmente haría que los usuarios cambien de red, situación que adolece del mismo defecto, pues Telcel no señala cuál ha sido el índice de pérdida de clientes que ha tenido, contrastándolo con las modificaciones en la cantidad de TPC de llamadas off-net y las modificaciones en las tarifas de terminación.

Telcel tampoco señala qué índice de sus usuarios son sólo receptores de TPC.

Debe apuntarse que toda esta información constituye datos en poder de Telcel.

El que la sensibilidad de los usuarios sea nula o poca, no modifica el sentido de la resolución, ya que el decir que existe poca sensibilidad implicaría que por regla general los usuarios no son sensibles a la tarifa, con lo que se confirmarían las conclusiones de la Resolución Recurrída.²³³

Aunado a lo anterior, la reducción de TPC de llamadas off-net y la migración de usuarios a otra red, no constituyen una sustitución de los servicios relevantes, porque no es una solución a un problema inmediato (el usuario originario tiene necesidad de comunicarse con una persona en ese preciso momento) y porque la migración del usuario implicaría que la comunicación con el referido usuario necesitaría forzosamente el servicio relevante del concesionario de la red a la que hubiera migrado.²³⁴

del servicio local fijo (Concesionario SLF): El usuario originador percibe claramente la diferencia en las tarifas de llamar a números de Redes fijas o móviles; sin embargo, no distingue la tarifa del Servicio Relevante. El hecho de que los Concesionarios de SLF apliquen en general el mismo sobrecargo por llamar a una red móvil es indicativo de que dichos cargos obedecen más a la búsqueda de ingresos adicionales que al propósito de alentar la sustitución del servicio local móvil por el servicio local fijo, lo cual podría influir en el nivel observado de la demanda derivada de los Servicios Relevantes (disminuyéndola).” Página 397 de la Resolución Recurrída.

²³³ “6.22 Si bien las tarifas de llamadas off net a teléfono móvil difieren entre los distintos Concesionarios SL, cada uno de ellos aplica de manera uniforme sus tarifas off net a móvil, independientemente de la Red Móvil de destino. Esta práctica hace indiferente al usuario generador de la llamada, frente a la terminación en una u otra Red Móvil, lo cual desincentiva cualquier posibilidad de sustitución entre los Servicios Relevantes.” Página 398 de la Resolución Recurrída.

²³⁴ “...el hecho de que un usuario final decida cambiar a su actual proveedor de servicios de telefonía móvil por un Concesionario SLM distinto, sólo significa que para ese número portado, la terminación de llamadas ya no se llevará a cabo en la red del primer concesionario (concesionario donador), sino en la del segundo (concesionario receptor). En las condiciones técnicas y normativas actuales, la total desvinculación del usuario final que portó el número con la red donadora, derivada de la

Cuando la Resolución Recurrída señaló que la demanda del servicio relevante es perfectamente inelástica fue debido a que ningún concesionario de red pública de telecomunicaciones puede prescindir de ese servicio ante una tarifa elevada o un incremento en la misma, ya que con ello dejaría de proporcionar las llamadas off net de sus usuarios finales destinadas a las redes móviles.

Finalmente, concediendo que los índices y consecuencias descritos por Telcel fueran ciertos, la migración de usuarios afectaría sólo a los concesionarios de redes asimétricas (teniéndose en cuenta lo expuesto en el Considerando Sexto).²³⁵ Es decir, conceder la razón a Telcel ratificaría su poder sustancial.

Es falsa la afirmación de la Comisión donde asevera que "...los usuarios finales no demandan el servicio relevante (...) los usuarios de telefonía móvil se encuentran desvinculados del mercado de terminación conmutada de llamadas de la red móvil que les da servicios". Como se observa de lo señalado por la Cofetel (quien tiene un mejor conocimiento de lo acontecido en la industria) el usuario de telefonía móvil, pese a no ser el demandante de los servicios de terminación, sí está vinculado con estos últimos. A pesar de no ser dichos usuarios los demandantes de los servicios de terminación, sí son los demandantes de los servicios que generan dichos servicios de terminación; esto es, de las llamadas off-net. Lo anterior lo reconoce la misma Comisión cuando señala que "...la demanda de dichos servicios (servicios de terminación de tráfico) por parte de los concesionarios SL y SLD, se deriva de las llamadas generadas por sus suscriptores y que son dirigidas hacia las redes de los operadores móviles (llamadas off-net)..." Y, más importante aún, son los encargados de cubrir, mediante la tarifa off-net de telefonía, el valor de la tarifa de terminación. Así, es falso lo que la Comisión señale respecto de que "el usuario originador no cuenta con la información o las señales adecuadas de precios que le permitan reaccionar ante el nivel o variación de las tarifas de los STCRM". Por lo que no es posible concluir que siendo los demandantes indirectos y quienes pagan el servicio, estén desvinculados del mismo.

El argumento es **infundado**. Al igual que en el caso del argumento inmediato anterior, Telcel no acredita en su dicho; es decir, no acompaña elemento probatorio alguno con el que acredite que la vinculación derivada del pago de las tarifas de los servicios finales impacta en las decisiones de los clientes.

Adicionalmente debe considerarse que aun cuando el cliente final pudiera reducir la demanda de un tipo de llamadas o migrar hacia otras redes, el problema seguiría subsistiendo, pues a la red en que migre el usuario o aun cuando no origine llamadas off-net,

portabilidad, elimina toda posibilidad de que dicha red pueda terminar llamadas en el número de ese usuario que ya no utiliza sus servicios. De tal manera, el Concesionario SLM que ahora proporciona el servicio final de telefonía al usuario del número portado (concesionario receptor), es el único que dispone de los medios de transmisión para entregar la llamada en ese número." Páginas 154 y 155 de la Resolución Recurrída.

²³⁵ En los servicios de telefonía fija, las tarifas de las LLAMADAS OFF NET a terminales móviles incluyen un cargo explícito que agrega en un solo concepto la tarifa del SERVICIO RELEVANTE y un costo por facturación y cobranza fijado por cada concesionario del servicio local fijo (CONCESIONARIO SLF)²³⁵. El usuario originador percibe claramente la diferencia en las tarifas de llamar a números de REDES FIJAS o MÓVILES; sin embargo, no distingue la tarifa del SERVICIO RELEVANTE. El hecho de que los CONCESIONARIOS de SLF apliquen en general el mismo sobrecargo por llamar a una red móvil es indicativo de que dichos cargos obedecen más a la búsqueda de ingresos adicionales que al propósito de atentar la sustitución del servicio local móvil por el servicio local fijo, lo cual podría influir en el nivel observado de la demanda derivada de los SERVICIOS RELEVANTES (disminuyéndola)." Página 397 de la Resolución Recurrída.

estas llamadas seguirían requiriendo de los Servicios Relevantes, porque sólo el concesionario titular de la red puede prestar el servicio de terminación de llamadas dirigidas a su propia red.

La desvinculación de los usuarios finales respecto los servicios relevantes fue acreditada mediante los esquemas de pago de los usuarios finales, de los cuales se observó que dichos planes no reflejan las tarifas de los servicios relevantes. Si bien puede ser que dichas tarifas sean en algún grado trasladadas a los usuarios finales, el esquema de pago está diseñado para fomentar los grupos cerrados y las llamadas on-net.²³⁶ Este extremo no es combatido por Telcel, quien pudo demostrar que sus planes no fomentan grupos cerrados y brindan el mismo trato a las llamadas off-net y on-net.

Finalmente, el que la demanda de los servicios relevantes derive de la demanda de llamadas off-net, hace más patente una de las conclusiones de la CFC: el servicio no cuenta con sustitutos. Los concesionarios de RPT's que requieran interconectarse con la red de destino, necesitarán del servicio relevante cuando éste les sea requerido, ya que una de las consecuencias de la modalidad EQLLPL y EQLLPN es precisamente que los concesionarios estén obligados a adquirir y prestar el servicio cuando se les requiera. Es decir, el concesionario de la red de origen deberá adquirir el servicio relevante en cuanto uno de sus usuarios finales requiera comunicarse con un usuario del SLM, mientras que el concesionario del SLM deberá prestar el servicio relevante al momento en que el concesionario de la red de destino se lo solicite.²³⁷

4.3. Medidas específicas

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Es importante señalar que en el supuesto análisis de "...las posibilidades de sustitución desde la perspectiva del usuario originador de la llamada, así como la sensibilidad del usuario receptor de la misma a las tarifas de los servicios relevantes..." la Comisión presenta la existencia de un posible problema distinto al analizado en esta Resolución, que no sucede en el mercado relevante, y que deja de manifiesto que cualquier acción de esta autoridad o de la Cofetel dirigida a controlar e intervenir en los niveles de la tarifa de interconexión podría estar beneficiando a los concesionarios de RPT's que demandan dicha interconexión, mas no así al usuario final. Dicho problema radica en que los concesionarios de RPT's que tengan acceso a tarifas de interconexión o terminación más bajas, no las trasladen al usuario final.

²³⁶ "d) Las tarifas implícitas y explícitas de las llamadas off net a teléfono móvil no responden claramente a las tarifas de los Servicios Relevantes, sino a la estrategia de ventas en los mercados de servicios móviles a usuarios finales; en este sentido forman parte de una canasta de servicios (llamadas on net, mensajes, internet, etc.) cuyo precio ponderado, se busca sea competitivo. En conexión con esta cuestión cabe destacar que en la muestra presentada en el Anexo 9, las tarifas de los Servicios Relevantes representan entre el 29.6 y 84.5% de las tarifas por minuto adicional en llamadas off net a móvil (sin IVA) en esquemas de post-pago y entre el 24.2 y 40.3% de las tarifas de llamadas off net a móvil (sin IVA) en esquemas de pre-pago." Página 397 de la Resolución Recurrída.

²³⁷ "a) Los Concesionarios SLM deben incluir la modalidad EQLLPN en los convenios de interconexión que celebren con los concesionarios de RPT que presten el servicio de larga distancia (en adelante, Concesionarios SLD).

"b) Los Concesionarios SLD deben pagar al Concesionario SLM los cargos correspondientes a la terminación del tráfico público conmutado de larga distancia nacional e internacional en sus redes, cuando dicho tráfico tenga como destino los números geográficos asignados por la Cofetel para la modalidad EQLLPL.

"c) Los Concesionarios SLM no deben hacer cargo alguno a sus usuarios por la recepción del tráfico público conmutado de larga distancia nacional e internacional." Página 392 de la Resolución Recurrída.

De lo manifestado por la Comisión se entiende que, cualquier disminución en el nivel de la tarifa de interconexión o modificación en sus condiciones a favor del concesionario RPT que demanda el servicio de terminación que se derive de la presente declaratoria de poder sustancial, podría tener como consecuencia únicamente que se generen subsidios cruzados entre concesionarios de RPT's (entre competidores) y que, en consecuencia, se incrementen los márgenes de aquellos concesionarios que son "pagadores netos" de interconexión. Más no así que se genere beneficio alguno para el usuario final. Lo anterior, independientemente de su veracidad, a pesar de ser señalado por la misma Comisión no fue analizado con el debido detenimiento por esta autoridad.

El argumento es **inoperante** por no combatir la Resolución Recurrída, además de no explicar cuál es el perjuicio en concreto que se le genera. Telcel pretende señalar que las medidas específicas que determine el regulador sectorial tenderán a disminuir las tarifas de los servicios finales.

Si bien se discutirá más adelante la única disminución de tarifas no implica la desaparición de poder sustancial, hay que considerar que las medidas específicas que en su caso sean determinadas serán materia de un procedimiento distinto al que nos ocupa, ya que el procedimiento de origen se circunscribe exclusivamente a la declaración de poder sustancial en el mercado relevante y no medidas específicas.

4.4. Uso de mercado distinto al relevante para determinar poder sustancial

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Ahora bien, a pesar de la insistencia de la misma Comisión por deslindar y separar el mercado de telefonía móvil del mercado de terminación, es esta misma autoridad la que utiliza argumentos e información en el primer mercado para obtener conclusiones en el segundo. Así, trata de fundamentar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, mercado de terminación, con un análisis de los niveles de tarifas en el mercado de telefonía móvil, sin especificar claramente la manera en la que determinó las tarifas al usuario final en el mercado de telefonía móvil, si las mismas corresponden a tarifas nominales o a tarifas promedio ponderadas implícitas (que son las efectivamente cobradas a los usuarios), a qué plan correspondían dichas tarifas y cuántos usuarios pertenecen al mismo, si lo anterior considera las condiciones bajo cuales dicha tarifa es ofrecida, si analizó el perfil de consumo del usuario, entre otros.

El argumento es **infundado**. La CFC sí determinó cuáles eran los planes con base en los cuales se realizó su análisis, mismo que se señalaron específicamente en el Anexo 9 de la Resolución Recurrída.

Debe precisarse que el uso de las tarifas en los servicios finales fue a efecto de determinar que los usuarios del servicio de telefonía móvil no son sensibles a las modificaciones que pudiera sufrir la tarifa final, pues ésta no dependía de la tarifa de los servicios relevantes, sino de la oferta competitiva de la canasta de servicios que comprende el servicio de telefonía móvil. Es decir, la sensibilidad de los usuarios fue uno de los elementos considerados para descartar

la posibilidad de que el mercado relevante pudiera tener una amplitud mayor por posibilidades de complementariedad.²³⁸

En este sentido, cuando se determinó que Telcel detenta poder sustancial, esta conclusión se basó en diversas circunstancias, entre ellas, las condiciones regulatorias y las características de su red. Dentro de dicho análisis únicamente se hizo referencia a que las tarifas del servicio de telefonía móvil, en específico las llamadas on-net, no se veían influidas por las tarifas del servicio relevante y, en consecuencia, existen incentivos por parte de Telcel para fijar tarifas altas por los servicios relevantes.²³⁹

De lo anterior se desprende que la CFC sí hizo referencia precisa a los servicios y tarifas pertenecientes a la canasta de servicios de telefonía móvil, los cuales fueron elemento, de entre muchos, para justificar la existencia del mercado relevante definido y los incentivos para fijar tarifas altas por los servicios relevantes.

Cabe mencionar que el texto citado por Telcel, escapa del contexto que dicho agente trata, ya que el mismo constituye una cita del acuerdo de inicio²⁴⁰ y un parafraseo del mismo,²⁴¹ el cual se utilizó para acreditar que la CFC sí había motivado suficientemente su facultad para dar inicio al presente procedimiento y no para sustentar la detentación de poder sustancial en el mercado relevante.

Quinto.- Existencia de Poder Sustancial respecto de Telcel

Respecto del presente Considerando, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que únicamente debe analizarse el numeral 5.5.1, siendo éste el único que se encuentra en los supuestos sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

Las recurrentes formularon los siguientes agravios en contra de la determinación de poder sustancial:

5.1. Poder sustancial inexistente

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

²³⁸ "6.20 Por lo que respecta al inciso ii) del numeral anterior, cabe observar que las tarifas de terminación de las llamadas OFF NET, se pierden o diluyen en los planes tarifarios de las distintas mezclas de servicios que ofrecen los CONCESIONARIOS SLM a sus suscriptores. Esto significa que el usuario originador no cuenta con la información o las señales adecuadas de precios que le permitan reaccionar ante el nivel o variación de las tarifas de los SERVICIOS RELEVANTES. En la información presentada en el Anexo 9 se aprecia lo siguiente:

(...) "d) Las tarifas implícitas y explícitas de las llamadas OFF NET a teléfono móvil no responden claramente a las tarifas de los SERVICIOS RELEVANTES, sino a la estrategia de ventas en los mercados de servicios móviles a usuarios finales; en este sentido forman parte de una canasta de servicios (LLAMADAS ON NET, mensajes, internet, etc.) cuyo precio ponderado, se busca sea competitivo. En conexión con esta cuestión cabe destacar que en la muestra presentada en el Anexo 9, las tarifas de los SERVICIOS RELEVANTES representan entre el 29.6 y 84.5% de las tarifas por minuto adicional en LLAMADAS OFF NET a móvil (sin IVA) en esquemas de post-pago y entre el 24.2 y 40.3% de las tarifas de llamadas OFF NET a móvil (sin IVA) en esquemas de pre-pago." Página 396 y 397 de la Resolución Recurrída.

²³⁹ "7.21 Los CONCESIONARIOS SLM tienen incentivos para establecer tarifas de los SERVICIOS RELEVANTES superiores al costo incremental de largo plazo correspondiente, por las siguientes razones: (...) iii) no inciden en las tarifas de las llamadas ON NET que cobran a sus suscriptores..." (Página 416 de la Resolución Recurrída)

²⁴⁰ Página 43 de la Resolución Recurrída.

²⁴¹ Página 313 de la Resolución Recurrída.

III. Poder Sustancial: Introducción. El poder sustancial de un agente económico en un mercado se determina por la capacidad de éste de fijar precios o restringir el abasto sin que el resto de los agentes económicos en el mercado puedan llevar a cabo acción alguna que les permita contrarrestar dicho poder. Lo anterior no sólo tiene sustento, en la teoría económica sino en lo establecido por la LFCE -particularmente en el artículo 13-, y en lo señalado y reconocido por la SCJN: “el poder de mercado constituye la capacidad de influir sobre precios” y “poder de mercado es la capacidad para influir sobre el precio del mercado”. En línea con lo anterior, en un mercado en donde no se aprecia factible que un competidor tenga la capacidad de restringir el abasto del bien o servicio relevante, todos los elementos que asisten en la determinación del poder sustancial serán relevantes en la medida en que expliquen alguna dimensión de la capacidad del agente correspondiente para fijar precios. Por lo que incluso si un agente económico como Telcel no tiene capacidad de fijar precios o restringir el abasto del bien o servicio en cuestión, las medidas de participación -aun siendo del 100%- son inconsecuentes.

En la Resolución la Comisión reconoce, que el objetivo final de la misma es determinar la capacidad de los concesionarios de RPT's para fijar precios o restringir abasto en sus respectivos mercados relevantes.

Lo anterior deja de manifiesto que el objetivo de una declaratoria de poder sustancial tiene como fin último la determinación de la existencia de capacidad de fijar precios o restringir abasto por parte del o los oferentes en el mercado relevante definido por la Comisión, más aún, para poder determinar la existencia de dicha capacidad se deben evaluar y analizar los elementos que influyen en la capacidad para ejercer dicho poder. Esto es, analizar que dado el estado en el que se encuentra el mercado relevante analizado y la forma en la que de facto interactúan oferentes y demandantes en el mismo, el oferente analizado pueda ejercer de facto cualquier poder sustancial en el mercado. De otra manera cualquier determinación de poder sustancial sería teórica. Esto es, mientras el supuesto poder sustancial de un agente económico no pueda ser ejercido en el mercado por otros elementos que influyen en el mismo, es de facto inexistente.

Respecto a que la Comisión debe considerar el poder sustancial que se ejerce y no sólo el poder de facto inexistente, el argumento es infundado. Telcel realiza una lectura incorrecta del artículo 13 de la LFCE y pretende dar énfasis al verbo “ejercer” cuando, ni la LFCE, ni el criterio de la SCJN utilizan dicho vocablo.

En efecto, el artículo 13 de la LFCE utiliza el verbo “poder”²⁴² y se refieren a la respuesta de los competidores como “potencial”; mientras el texto citado por Telcel señala que el poder sustancial es una “capacidad”. A diferencia de la interpretación de Telcel, la lectura correcta es que el concepto de poder sustancial se refiere a una situación de hecho en la que se encuentra un agente económico con respecto a un mercado, en la cual se encuentra en posibilidad de ejercer o no dicho poder, pero que de hacerlo, podría derivar en un abuso, como en el caso de las prácticas monopólicas relativas. Es decir, el que un agente no abuse o ejerza su poder sustancial (por ejemplo, si constituye una práctica monopólica relativa), no significa que la situación de hecho (poder sustancial) no exista. Si bien ejercer dicho poder no implica necesariamente un abuso, determinarlo no es objeto de este procedimiento, sino

²⁴² “(...) 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 (...)” (Énfasis añadido) Artículo 13, fracción I, de la LFCE.

establecer la existencia de poder sustancial de mercado por parte de uno o varios agentes económicos.

5.2. Análisis no dinámico

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

De ahí la importancia de que la Comisión analice los efectos que la regulación sectorial tiene en el ejercicio mismo de cualquier supuesto poder sustancial que pudiera ser identificado en el mercado de terminación de llamadas en redes móviles. Más que en el análisis de cualquier otro mercado relevante, es determinante para la definición de las condiciones y elementos que permitan la conclusión de la existencia de poder sustancial en el mismo, tal y como se reconoce en la Resolución. No se trata de analizar únicamente la existencia de la regulación a partir de la cual surge el mercado relevante mismo -, o las condiciones en las que éste debe otorgarse; sino la manera en la que las condiciones de mercado se han modificado como resultado de la aplicación de dicha regulación sectorial, y como la modificación de dichas condiciones influyen en cualquier intento de agente económico alguno de ejercer un supuesto poder sustancial.

El análisis de la aplicación de dicha regulación debe estar basado en los resultados de la última legislación vigente ya que es ésta la que determina las condiciones actuales en el mercado relevante analizado. Así, el análisis de la Comisión en la Resolución deviene erróneo en función de las modificaciones en las condiciones regulatorias y de mercado, generando una gran incertidumbre a los agentes económicos que pudieran tener que enfrentarse al cumplimiento de obligaciones adicionales por la existencia de supuestas condiciones de mercado pasadas que son inexistentes en el estado actual que guarda el mercado relevante. De donde, las conclusiones a las que llega la Comisión en su Resolución son irrelevantes dado que no fueron obtenidas a partir del análisis de la situación actual del sector de las telecomunicaciones, sector en el que Telcel participa. En conclusión, desde el punto de vista económico el análisis de la regulación sectorial que debió hacer la Comisión, y al que ya en repetidas ocasiones se ha referido Telcel, no tiene como objetivo el determinar si dicha autoridad tiene o no facultades para llevar a cabo una determinación de probable existencia de poder sustancial como la que nos ocupa. Si no, dado que se va a llevar a cabo dicha determinación, el análisis de la regulación sectorial y, más importante aún, su aplicación reciente; permite dar sustento y fundamento a cualquier conclusión que se derive respecto de la posible existencia de poder sustancial. Dado que se dio inicio al citado procedimiento por parte de la Comisión, es necesario e indispensable que dicha autoridad determine los efectos que en la determinación de poder sustancial y en el ejercicio del mismo tiene la regulación aplicable al mercado dada la situación actual de ésta.

El argumento es infundado. Si bien es cierto que el análisis de poder sustancial en un procedimiento como el de origen debe prever la posibilidad de cambios y modificaciones en las condiciones del mercado (como serían la regulación y la tecnología en el caso concreto), también debe considerarse que la materia de la investigación debe encontrarse circunscrita a un determinado momento, pues de lo contrario se crearía un estado de incertidumbre jurídica en el que los agentes no conocerían con precisión los hechos que motivaron una determinación.

Así las cosas, la Resolución Recurrída estuvo basada en situaciones que acaecieron durante el periodo de investigación; sin embargo, se previeron, con base en los hechos de dicho periodo algunos de los posibles cambios o las posibilidades de que un agente distinto al titular de una red pudiera terminar llamadas en dicha red.²⁴³

5.3. Restricción de abasto

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

IV. Poder Sustancial: Restricción de Abasto. De manera clara y precisa, la legislación vigente relacionada con la modalidad EQLLPL y, con la oferta de servicios de terminación de tráfico/interconexión, establece una prohibición tácita a cualquier agente económico, a restringir el abasto de dichos servicios. Tanto la LFT como las RSL y las RSLD prevén que los concesionarios de servicio local están obligados a proporcionar los servicios de interconexión y por lo tanto los correspondientes servicios de terminación, en cualquier área de servicio local en territorio nacional.

A pesar de lo anterior, la Comisión en su Resolución señala que los concesionarios de RPT's sí tienen capacidad de restringir el abasto y, más aún que tiene pruebas de lo anterior. Esto se puede leer, entre otras, en citas como la siguiente:

* "La capacidad e incentivos de los Concesionarios SLM para negar o restringir la oferta de los servicios relevantes, por ser los únicos agentes económicos que pueden proporcionar dichos servicios, y dados los beneficios que les aporta la imposición de tarifas del STCRM ... Esta capacidad se encuentra documentada en el expediente en las copias de las resoluciones sobre los desacuerdos de interconexión que aportó la Cofetel y la información sobre las dificultades para cursar tráfico al inicio de la implantación de la modalidad EQLLP, que fueron reportados por los concesionarios afectados".

Al respecto de esta afirmación de la Comisión carente de lógica económica alguna y de un análisis adecuado de la regulación sectorial vigente y del estado actual del mercado relevante, se tiene lo siguiente:

* Independientemente de la existencia o inexistencia de supuestos incentivos por parte de los concesionarios de RPT's para negar o restringir la oferta, su capacidad de facto para llevar a cabo dicha restricción es nula, debido a que, de hacerlo la Cofetel, con base en lo establecido en la fracción V del artículo 38 de la LFT, revocaría de manera inmediata su concesión. Es así que a pesar de la supuesta existencia de dichos incentivos a restringir la oferta por parte de los concesionarios de RPT's, estos no pueden ser ejecutados de facto en el mercado. Prueba de lo anterior es que ningún concesionario de RPT ha negado o restringido la oferta sin justificación alguna al día de hoy, de haberlo hecho la Cofetel debió haber revocado a dicho concesionario de RPT su título de concesión. Sin embargo, lo anterior no ha sucedido lo que lleva a la conclusión inmediata de que no ha habido restricción alguna de abasto por parte de los concesionarios de RPT's en el mercado relevante. De negar lo anterior, la Comisión estaría implícitamente señalando que la

²⁴³ "6.16 En suma, no existe dentro de un horizonte previsible la posibilidad técnica de que concesionarios u operadores distintos al concesionario u operador de la Red Móvil de destino, ofrezcan el servicio de terminación conmutada de llamadas en los números de los suscriptores de su red. Esta es una restricción absoluta que elimina toda posibilidad de sustituir los Servicios Relevantes." Página 395 de la Resolución Recurrída.

Cofetel no ha cumplido con sus obligaciones como autoridad regulatoria debido a que, a pesar de la supuesta existencia de restricciones de abasto, no ha revocado concesión alguna en el mercado. En cuyo caso, será obligación de la Comisión manifestar ante la autoridad correspondiente los supuestos incumplimientos por parte de la Cofetel de la LFT. De no ser así, entonces la única conclusión posible es que no ha habido restricción de abasto alguna en los mercados relevantes analizados (particularmente aquél en el que participa Telcel). Y, más aún, que esta restricción no es posible dada la legislación sectorial vigente.

* Señalada la inexistencia de capacidad alguna para restringir abasto por parte de los concesionarios de RPT's dada la regulación sectorial vigente. Desde el punto de vista económico es falso que dichos concesionarios tengan incentivos a restringir dicha interconexión. La existencia de externalidades de redes permiten concluir que todos los concesionarios de RPT's se benefician de pertenecer a una red mayor, la red global. En un mercado donde existe la interconexión el que un concesionario de una RPT restrinja la capacidad de sus usuarios para hacer o recibir llamadas hacia o desde usuarios de otras redes pudiera tener como consecuencia la pérdida de suscriptores. Por lo tanto es falso que los concesionarios de RPT's tengan incentivos a restringir la interconexión evitando así su incorporación a la red global de mayor tamaño.

* La existencia de desacuerdos de interconexión no es prueba alguna de capacidad de restringir abasto por parte de los concesionarios de RPT's, pues la interconexión sigue siendo provista por el concesionario de RPT encargado de terminar el tráfico off-net del resto de los concesionarios RPT's. De existir capacidad de restringir abasto se podría esperar que ante un desacuerdo de las condiciones mediante el cual dicho tráfico podrá ser terminado, dicha terminación se detenga en tanto no se llegue a un acuerdo que asegure las condiciones eficientes y operativas para el concesionario que otorga la interconexión. Sin embargo, éste último está obligado a seguir ofreciendo dicha terminación, pese a desconocer las condiciones en las que la misma tendrá que proveerse. * Finalmente, la Comisión no menciona de manera explícita, clara, y precisa, a qué "dificultades para cursar tráfico se refiere" como prueba de la capacidad de los concesionarios de RPT's a restringir abasto en el mercado relevante. Se asume, por lo manifestado posteriormente en la misma Resolución Recurrída, que lo anterior es señalado por esta autoridad con base en la implementación de algunas grabaciones por parte de los concesionarios del servicio móvil al tráfico proveniente de operadores fijos como Axtel y Avantel quienes se negaron a respetar la aplicación de la modalidad EQLLPN, terminando tráfico en las redes de los operadores móviles sin cubrir por el mismo la tarifa correspondiente a dicha modalidad. En razón de lo anterior los concesionarios móviles se vieron en la necesidad de informar a sus clientes de tal situación. Para que los mismos estuvieran conscientes que pese a la implementación de la modalidad EQLLPN, la cual fue informada a éstos de manera amplia en los medios por parte de los concesionarios móviles y de la autoridad misma, que el costo de las llamadas recibidas no estaban siendo cubiertas por el usuario originador. Sin embargo, una vez informado a sus suscriptores de lo anterior, la llamada era terminada al usuario destino. Lo anterior lejos de ser prueba para fundamentar la capacidad de restringir abasto por parte de los concesionarios de RPT's, es prueba de la incapacidad de los mismos a llevar a cabo dicha restricción de abasto. Lo anterior sigue sucediendo con los concesionarios Protel y Maxcom quienes no cubren las tarifas de terminación conforme a

los convenios que dichos operadores tienen celebrados con Telcel y, a pesar de lo anterior, siguen recibiendo los servicios de terminación por parte de este operador. En un mercado en competencia ante la falta de pago por parte del demandante, el oferente debería tener derecho a restringir la oferta del bien o servicio, sin embargo, lo anterior no es posible por la obligación de interconexión establecida en la LFT.

Es falso que exista capacidad alguna por parte de los concesionarios de RPT's de restringir el abasto en el mercado relevante. También es falso que a pesar de la legislación vigente los concesionarios lleven a cabo dicha restricción mediante artificios legales y técnicos como señala más adelante la Comisión. Cualquier justificación legal o técnica que pudo haberse presentado en la oferta de servicios de interconexión es eso, una justificación válida de lo contrario habría procedido una revocación inmediata de la concesión. De no ser así la Comisión, o los operadores que lo manifestaron debieron haber manifestado ante la autoridad correspondiente los supuestos incumplimientos por parte de la Cofetel de la LFT. De no ser así, entonces la única conclusión posible es que no ha habido tales artificios, que la interconexión jamás se ha restringido o negado por parte de concesionario de RPT, y que en caso de que lo anterior hubiese sucedido temporalmente existía una justificación, técnica o legal, que fundamentara lo anterior sin que esto significase la existencia de capacidad de restringir el abasto.

El argumento es **infundado**. De nueva cuenta Telcel confunde la capacidades de restringir el abasto (poder sustancial) con el abuso de dicha capacidad (una práctica monopólica relativa). Telcel considera que el hecho de que no se hubiese presentado ningún retiro de concesiones derivado de la negativa de interconexión implica que no exista la capacidad de restringir el abasto.

Como Telcel reconoce, existe la posibilidad de que los concesionarios se nieguen a la interconexión bajo justificaciones técnicas; sin embargo, bajo dicha argumentación los concesionarios pueden restringir el abasto del servicio relevante, en tanto la autoridad sectorial resuelve. En caso de que la autoridad sectorial resolviera que la restricción era injustificada, el concesionario, objeto de la restricción se vería afectado en una proporción de tiempo. Considerando que los incentivos para restringir la oferta suceden principalmente en perjuicio de redes en condiciones asimétricas, la restricción tendría efectos anticompetitivos al impedir su acceso o ser desplazado.

En cuanto a que no se mencionan cuáles son las dificultades para cursar tráfico al principio de la implementación de la modalidad EQLLPN, no asiste la razón a Telcel, ya que descontextualiza la frase usada por la CFC. Si bien en los apartados donde se contestan los argumentos de Telcel, no se indicó cuáles eran dichas dificultades, en el apartado 7.11 de la Resolución Recurrída se abordaron, las cuales por cierto son combatidas por Telcel en este mismo argumento.

En cuanto a la grabación que Telcel implementó al principio de la aplicación de la modalidad EQLLPN respecto a concesionarios del SLF, debe precisarse que Telcel reconoce que realizó estos actos.

Respecto a dicha grabación, debe hacerse notar que de tal acción se desprende la posibilidad de Telcel para hacer valer sus condiciones y términos en las negociaciones, ya que, según se desprende del expediente de origen, la razón por la cual se generaron

conflictos con los concesionarios del SLD, fue que éstos no estaban dispuestos a cubrir, lo que ellos consideraban, unas altas tarifas de interconexión.²⁴⁴ Es decir, los concesionarios en condiciones asimétricas respecto a Telcel no contaban con un medio de negociación para contrarrestar la posible fijación de precio que ejercía Telcel sobre el servicio relevante.

Debe considerarse que la naturaleza de este procedimiento es en todo caso declarar la existencia de un agente económico con poder sustancial de mercado. De ahí que no sea necesaria la configuración de una conducta, pues no se pretende sancionar un abuso de dominancia, sino que únicamente se declara la existencia de poder sustancial; es decir, la simple capacidad de un agente para restringir el abasto actual o potencialmente.

Adicionalmente, como Telcel señala en su argumento anterior (acerca de la falta de dinamismo en este procedimiento), en el análisis realizado por la CFC se consideraron los aspectos estructurales del mercado y los incentivos que permitieran prever la posibilidad efectiva de cambios en un futuro razonablemente cercano.²⁴⁵

Finalmente, respecto a la inexistencia de incentivos para negar el servicio, derivada de las externalidades de red (una red es más valiosa en tanto puede tener comunicación con una red global), debe precisarse que Telcel, de nueva cuenta, descontextualiza lo resuelto por la CFC. En la Resolución Recurrída se determinó que los incentivos a restringir el abasto están relacionados con la imposición de tarifas elevadas del servicio terminación (episodio del bloque en la primera etapa de EQLLPN, y en los obstáculos para el crecimiento de un competidor pequeño, como en su momento fue Nextel).

La existencia de externalidades de red, que beneficia a todos los concesionarios interconectados y en mayor medida a los pequeños, puede verse interrumpida o deteriorada cuando existe capacidad para restringir el abasto de un servicio derivado de la interconexión, como es la terminación de llamadas; en este caso, en redes móviles.

5.4. Inexistencia de capacidad de fijar precios

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

V. Poder Sustancial: Fijación de Tarifas. Las características del proceso de formación de precios y tarifas en el mercado relevante que nos ocupa, no permite que exista capacidad de ningún agente económico para fijar los precios.

Los agentes económicos involucrados en el mercado relevante establecen las tarifas de interconexión mediante acuerdos bilaterales y negociaciones con base en las necesidades y características de cada una de las partes. Dichos acuerdos son el reflejo de la voluntad de las partes y por ende las condiciones acordadas en los mismos son las que deben prevalecer en el mercado. Por lo que no es la acción unilateral o independiente de un agente económico la que determina las condiciones en el mercado; sino la voluntad de ambas partes. Tan es así, que en caso de que las partes involucradas no lleguen a un

²⁴⁴ "uno de los agentes económicos requeridos en este expediente manifiesta: 'cuando (...) (EQLLPN) (...) empezó a aplicarse por los concesionarios del SLM y Telmex, bloqueando el tráfico de otros concesionarios del SLF, quienes no aceptamos, en su momento, las altas tarifas de interconexión (...)'". Página 410 de la Resolución Recurrída.

²⁴⁵ "(...) únicamente Telcel, Pegaso PCS y las Concesionarias B pueden ofrecer los Servicios Relevantes en sus respectivas Redes móviles (Pegaso PCS en las redes de las Concesionarias A). En consecuencia, se puede afirmar que dichas características técnicas constituyen, en sí mismas, condiciones que impiden la entrada a los Mercados Relevantes, por lo que trata de barreras absolutas a la entrada (...)". Página 420 de la Resolución Recurrída.

acuerdo en una o varias de las condiciones establecidas, las partes cuentan con la posibilidad de acudir a la autoridad para que intervenga sobre dichas condiciones no acordadas. De tal manera que le es imposible a un agente como Telcel, o cualquier otro concesionario de RPT's, usar o abusar de cualquier poder de fijación de precios o tarifas en el mismo.

En particular, un supuesto tan fuerte como una capacidad de fijación de precios por parte de Telcel en el mercado relevante, requeriría por parte de la Comisión descartar por completo el potencial que de facto tienen las autoridades regulatorias, particularmente la Cofetel, para intervenir y contrarrestar cualquier supuesto poder en la formación de tarifas de los servicios de terminación o interconexión mediante la intervención para regular sobre las condiciones no acordadas entre agentes económicos en el mercado.

Es así que, como se verá más adelante, las tarifas que Telcel cobra actualmente por sus servicios de terminación y las establecidas ya para el año 2011; no corresponden en su totalidad a las tarifas que resultarían de un proceso de negociación y/o un acuerdo entre Telcel y los concesionarios de RPT's demandantes del servicio de terminación. Ante la solicitud de cualquier concesionario de RPT demandante de los servicios de terminación ofrecidos por Telcel, que no cuente con un convenio de interconexión suscrito con éste, a la Cofetel, tiene la capacidad y facultad de obligar a Telcel a cobrar por dichos servicios de terminación la tarifa establecida por la Cofetel. Tal y como sucede hoy en día.

En lo que se refiere a los procesos multilaterales de negociación, se tiene que la capacidad de fijar precios por sí mismo, como noción económica, es un concepto fuerte e inequívoco. Desde el punto de vista de la teoría económica, la capacidad de fijación de precios requiere que las estrategias del agente que la posee, no dependan de las estrategias o acciones de los demás competidores para que puedan realizarse.

En el sentido descrito, un proceso de negociación como los que derivan en la formación de tarifas de interconexión en México, por definición, no es compatible con la existencia de poder de fijación de precios de ninguno de los agentes involucrados por sí mismo, en la medida en que un proceso de negociación es un proceso en el cual más de un agente plantea sus posiciones para llegar a un "trato dirigido a la conclusión de un convenio o pacto".

La coexistencia de negociaciones y poder de fijación de precios es incompatible, y el hecho de que se acuerden los términos de un contrato entre partes difícilmente puede asociarse a la existencia de poder sustancial en los términos en los que lo define la LFCE.

En los procesos de negociación de tarifas de terminación, cualquier propuesta para pactar una tarifa de interconexión determinada, es una propuesta para una tarifa que será pagada y cobrada simétricamente, al menos para todo el conjunto de concesionarios móviles involucrados. El hecho de que una tarifa de interconexión sea recíproca, aun cuando ésta lo es para un subconjunto de los agentes involucrados en el proceso de negociación, implica que cualquier nivel pactado en dicha tarifa tendrá efectos similares en los ingresos y egresos por concepto de interconexión de cada agente involucrado, lo que dificulta concebir a la tarifa de interconexión como una tarifa impuesta por sólo uno de los agentes involucrados en el proceso de negociación. La existencia de reciprocidad

entre redes móviles impone un elemento más de disciplina que no es congruente con la existencia de poder sustancial en el mercado.

Finalmente, en caso de que aún con la reciprocidad (o a falta de ésta como es el caso de los concesionarios de RPT's fijas) los concesionarios de RPT's involucrados en el proceso de negociación descrito en la sub sección anterior no llegasen a un acuerdo como resultado de dichas negociaciones, es imposible para cualquiera de dichos concesionarios imponer las condiciones no pactadas, particularmente el cobro por el servicio, en el proceso de negociación. Lo anterior debido a que cualquier imposición de condiciones que no sea aceptada por alguno de los agentes involucrados en el proceso de negociación puede ser remitida ante la autoridad regulatoria, la Cofetel, para que sea ésta quién la determine.

Impidiendo así que cualquier agente en el mercado con un posible poder sustancial sea capaz de imponer de facto sus condiciones al segundo agente involucrado en el proceso de negociación fallido.

Así, es imposible poder argumentar la existencia de poder de fijación de precios de los concesionarios de RPT's móviles, particularmente Telcel, a la luz de la siguiente legislación:

* De acuerdo al artículo 9-A de la LFT, corresponde a la Cofetel el ejercicio de las atribuciones de "promover y vigilar la eficiente interconexión de los equipos y redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo la que se realice con redes extranjeras, y determinar las condiciones que, en materia de interconexión, no hayan podido convenirse entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones".

* De acuerdo al artículo 42 de la LFT "Los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones deberán interconectar sus redes, y a tal efecto suscribirán un convenio en un plazo no mayor de 60 días naturales contados a partir de que alguno de ellos lo solicite. Transcurrido dicho plazo sin que las partes hayan celebrado el convenio, o antes si así lo solicitan ambas partes, la Secretaría, dentro de los 60 días naturales siguientes, resolverá sobre las condiciones que no hayan podido convenirse".

* Las RSL disponen que "los concesionarios deberán suscribir un convenio de interconexión en un plazo no mayor de sesenta días naturales contados a partir que alguno de ellos lo solicite (...), si transcurre ese plazo sin que las partes hayan celebrado el convenio, o antes si así lo solicitan ambas partes, la Cofetel resolverá sobre las condiciones no convenidas".

Asimismo, en la Resolución Mediante la cual el Pleno de la Comisión Cofetel determina las Condiciones de Interconexión no Convenidas entre Alestra, S. de R. L. de C.V. y Telcel se establece claramente que de conformidad con los artículos 7 fracción II, 9-A fracciones I y X y 9-B de la LFT, 9 fracción VIII del Reglamento Interno de la Cofetel, el Pleno de la Cofetel está facultado para expedir disposiciones administrativas, para promover y vigilar la eficiente interconexión de los equipos y RPT's, así como determinar las condiciones que en materia de interconexión no hayan podido convenirse entre los concesionarios de RPT's. Por lo tanto cuenta con facultades suficientes para emitir resoluciones de condiciones no convenidas entre RPT's en materia de interconexión, entre las que se destaca, el establecimiento de una tarifa de interconexión.

Por lo tanto, la existencia de cualquier supuesto poder sustancial se diluye cuando la regulación existente evita que imposiciones tarifarias prevalezcan entre los agentes económicos.

En consecuencia, es precisamente la intervención de la Cofetel a solicitud de la voluntad de las partes, y sólo cuando las condiciones no se han podido convenir; lo que implica que los demandantes de los servicios de terminación de Telcel puedan pactar por sí solos únicamente cuando los términos de la negociación les son favorables. Lo que es más, la existencia de desacuerdos de interconexión son síntoma y prueba de que dichos agentes han ejercido a su favor la opción real que les otorga la regulación vigente, como herramienta que les ha permitido una capacidad de negociación de facto que no tendrían de otra manera.

Las nuevas condiciones en el mercado tienen el potencial de debilitar aún más cualquier noción de poder de fijación de precios en el mercado relevante, en virtud de que dicho mercado es un mercado sujeto a regulación específica que otorga cabida a todos los operadores a inconformarse ante tarifas inconvenientes a sus propios intereses.

Al respecto la Comisión señala en la Resolución Recurrída que sí analizó la existencia de dichas controversias y que de hecho la existencia de las mismas, a decir de esta autoridad, es prueba del poder sustancial de los concesionarios de RPT's.

Aun suponiendo sin conceder que lo anterior fuese cierto, los resultados vigentes de dichas controversias prueban que la intervención de la Cofetel es, en dado caso, una limitación absoluta e inevitable del supuesto poder sustancial del que según la Comisión gozan los concesionarios de RPT's sobre los servicios de terminación de sus propias redes. Lo anterior porque impiden de manera absoluta e irrefutable no sólo la restricción de abasto del servicio, la cual es obligatoria so pena de perder la concesión; sino que también impiden cualquier fijación de precios mediante la imposición de tarifas de interconexión ante la solicitud de intervención por parte de los demandantes de dichos servicios.

Lo anterior no pudo ser concluido por la Comisión porque dicha autoridad no incluyó en su análisis el resultado de las últimas resoluciones de la Cofetel. El cual modifica de manera significativa el estado actual del mercado relevante, por lo que las conclusiones a las que llega la Comisión no corresponden a la realidad vigente del mercado analizado.

Para ilustrar lo anterior, basta señalar el siguiente análisis de la Comisión en su Resolución Recurrída. "...se concluye que: 1) efectivamente existieron diversos juicios de nulidad promovidos por ALESTRA y AXTEL..." y sin embargo de éstos juicios la autoridad únicamente concluye que al sobreseerse los mismos, la prestación del servicio bajo la modalidad EQLLPN quedó en los mismos términos y condiciones considerados por la Comisión en el Dictamen Preliminar. Sin embargo no considera que, como lo señaló Telcel en su momento, "...(AXTEL) obtuvo y conserva medidas cautelares de suspensión que han impactado el mercado"

Lo anterior no es cierto con relación a las nuevas resoluciones emitidas por la Cofetel resultado de nuevos desacuerdos de interconexión presentados por algunos de los concesionarios de RPT's que demandan servicios de terminación de Telcel. En suma, la Comisión concluyó que la existencia de intervención de la autoridad regulatoria no es suficiente para limitar el supuesto poder sustancial de los agentes económicos en el

mercado con base en los resultados de juicios anteriores que no son determinantes ni definen la realidad ni el estado actual de los mercados analizados. Así para poder determinar la existencia de dicho poder sustancial en el mercado relevante actual la Comisión debe incluir en su análisis el resultado de las resoluciones vigentes de la Cofetel. Para poder determinar a través de éstas, y en términos de los artículos 12 y 13 de la LFCE la forma en que dichos resultados "...inciden en la estructura de los `mercados de STCRM y en la contestabilidad de los mismos` que la misma Comisión en la Resolución Recurrída señala que es necesario analizar.

El argumento es **infundado**. Telcel deja de lado que las tarifas del servicio relevante se determinan bajo el principio de libertad tarifaria establecido en el artículo 60 de la LFT: "Los concesionarios y permisionarios fijarán libremente las tarifas de los servicios de telecomunicaciones en términos que permitan la prestación de dichos servicios en condiciones satisfactorias de calidad, competitividad, seguridad y permanencia", y que solamente en caso de que los concesionarios no puedan acordar las tarifas de algún servicio intermedio, una o ambas de las partes en conflicto pueden acudir al arbitraje del regulador, para que éste decida sobre los extremos tarifarios planteados por cada concesionario, cuestión que se encuentra establecida en el artículo 42 de la LFT.²⁴⁶

Estas condiciones regulatorias, que influyen en la formación de las tarifas de servicio relevante fueron debidamente tomadas en cuenta en la Resolución Recurrída, tanto para identificar los límites dentro de los cuales los oferentes del servicio de Terminación móvil pueden determinar sus tarifas, como para analizar la información sobre actos (documentados en el expediente), que indican que la libertad tarifaria que en principio gozan los concesionarios del SLM para establecer sus tarifas de este servicio, ha llevado a situaciones que implican el ejercicio de la capacidad para fijar precios (numerales 7.14 a 7.19 de la Resolución Recurrída, dichos numerales deben ser interpretados en forma armónica con lo expuesto en el Considerando Sexto de esta resolución).

En la Resolución Recurrída no se descarta el potencial de la regulación tarifaria que pueda surgir de las resoluciones emitidas en su momento por la Cofetel sobre desacuerdos tarifarios, pues se analizan las razones por las cuales, en el contexto del marco regulatorio del sector, no es posible desprender que tales resoluciones equivalen a una regulación tarifaria estable y de aplicación general que impida el ejercicio de la capacidad para fijar precios de que tiene cada concesionario de SLM en su red:

"7.26 Sin entrar al fondo de las resoluciones de la Cofetel sobre las condiciones no convenidas en las negociaciones de convenios interconexión, cabe señalar que dichas resoluciones:

a) Son de aplicación exclusiva a las partes involucradas en los desacuerdos resueltos; es decir, no existe la posibilidad legal de extenderlas a los demás agentes económicos participantes en la industria. La extensión de las tarifas resueltas por la Cofetel a otros concesionarios, sustentada en razones de no discriminación, presenta dificultades: i) los concesionarios que no fueron parte en la resolución del desacuerdo pueden disentir de las tarifas más bajas determinadas, sobre todo si se les exige reciprocidad, y ii) en el caso

²⁴⁶ "Los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones deberán interconectar sus redes, y a tal efecto suscribirán un convenio en un plazo no mayor de 60 días naturales contados a partir de que alguno de ellos lo solicite. Transcurrido dicho plazo sin que las partes hayan celebrado el convenio, o antes si así lo solicitan ambas partes, la Secretaría, dentro de los 60 días naturales siguientes, resolverá sobre las condiciones que no hayan podido convenirse" (Énfasis añadido).

particular de una resolución que determine aumentos tarifarios, los concesionarios ajenos al desacuerdo difícilmente aceptarán que se les hagan extensivas las tarifas en cuestión.

b) Tratan exclusivamente sobre las condiciones no acordadas señaladas por las partes.

c) Constituyen arbitrajes de los extremos planteados por las partes, sin que necesariamente alguno de los extremos o la decisión arbitral corresponda a una solución de competencia en los mercados de que se trate.

d) No suponen un prejuzgamiento sobre la existencia o inexistencia de poder sustancial de mercado de alguna de las partes. Más aún, la aplicación de las medidas previstas en la resolución no modifica las condiciones económicas y técnicas que dotan a un agente económico de poder sustancial de mercado. En todo caso, de ser efectivas, podrían mitigar el ejercicio del mismo.

e) Carecen del alcance y de los objetivos de la regulación ex-ante que implica la imposición de medidas previstas en el artículo 63 de la LFT.

"7.27 Sin perjuicio de lo antes afirmado, cabe advertir que la aplicación de las resoluciones de la Cofetel sobre las tarifas no convenidas no significa que, por la sola aceptación de las mismas, los Concesionarios SLM carezcan de capacidad para fijar precios unilateralmente. Todo lo contrario, las intervenciones de la Cofetel al amparo del artículo 42 de la LFT implican indicios de la existencia de tal capacidad."²⁴⁷

Telcel no combate estos razonamientos; al contrario, al señalar que las negociaciones de los "acuerdos de interconexión" que incluyen las tarifas de terminación móvil se efectúan mediante acuerdos bilaterales de voluntades que responden a las necesidades de características de cada una de las partes, Telcel está aceptando que existe el principio de libertad tarifaria y que, si se dan las condiciones, existe la posibilidad de que una de las partes se pueda imponer sobre la otra en la negociación.

Además, la resolución a un desacuerdo tarifario no puede constituir regulación generalizada de la tarifa de terminación que implique el control de la capacidad para fijar precios, porque al ser aplicable sólo a las partes del desacuerdo, no es obligatoria para las negociaciones de los demás acuerdos. Si por virtud de las obligaciones de trato no discriminatorio que señala la fracción II del artículo 43 de la LFT se ofrece dicha tarifa a todos los demás concesionarios, y éstos la aceptan, aun así no se trataría de regulación generalizada, porque en cualquier momento se puede negociar una tarifa distinta; esto es, prevalece el principio de libertad tarifaria. En este contexto, el argumento de "opción real" de Telcel sólo es válido para la parte que promovió el desacuerdo y en su momento obtuvo una resolución de la Cofetel favorable a su causa, pero no para el resto de los adquirentes de la terminación móvil en un mercado relevante, y mucho menos, en los demás mercados relevantes de terminación móvil.

El señalamiento impreciso de "procesos multilaterales de negociación" aparece como fuera del contexto de su argumento porque no explica su pertinencia ni la manera en que lo apoya, además de que es evidente que los convenios de interconexión se negocian en un plano bilateral.

En cuanto al tema de la reciprocidad de la negociación que plantea la recurrente, se hacen notar las diferencias que existen en las negociaciones entre concesionarios del SLM, las cuales

²⁴⁷ Páginas 418 y 419 de la Resolución Recurrída.

se analizan en el Considerando Sexto, así como las derivadas con otros concesionarios, como los del SLF y el SLD:

En primer lugar, debe recordarse que los servicios relevantes pueden darse entre redes de concesionarios del SLM, sobre este punto se remite al Considerando Sexto de esta resolución.

La segunda condición se da en la venta de los servicios de terminación en redes del SLM y redes del SLF.²⁴⁸ En estas transacciones, existen condiciones asimétricas para la negociación de la tarifa de Terminación móvil, porque la terminación en una red fija es significativamente menor frente a la tarifa por terminar en una red móvil (la segunda es superior); y aunque existe una necesidad mutua por los respectivos servicios de terminación, una elevada tarifa de Terminación móvil, sólo podría ser contrarrestada por la capacidad de los concesionarios de SLF de responder con incrementos superiores en la tarifas de terminación en sus redes, la cual es virtualmente inexistente, debido a que no pueden prescindir de los servicios de terminación conmutada en las redes móviles y no tienen margen de maniobra para elevar de sus tarifas de terminación.

La tercera condición consiste en las transacciones del Servicio Relevante en las que existe completa asimetría, porque sólo una de las partes adquiere un servicio; que precisamente es el servicio de terminación móvil, como en el caso en que la contraparte es un concesionario del SLD.

Una cuarta condición ocurre respecto a nuevos entrantes, cuando la mayoría del tránsito generado por los usuarios del nuevo entrante estaría dirigido a los incumbentes y la subsistencia del nuevo entrante dependería de la posibilidad de comunicar a sus usuarios con los usuarios de otros concesionarios.

La Resolución Recurrída señaló que, en la compraventa del servicio de terminación móvil entre concesionarios del SLM, ambos concesionarios tienen incentivos a mantener altas tarifas de este servicio.²⁴⁹ En particular, respecto a Telcel, la Resolución Recurrída reconoció que su capacidad para fijar precios está relacionada con la importancia que tiene para sus competidores terminar llamadas en su red, que cuenta con la mayor cantidad de líneas móviles en el país.²⁵⁰

²⁴⁸ "Lo anterior es indicativo de que en el caso de los Servicios Relevantes, los incentivos para restringir la oferta están estrechamente relacionados con la imposición de tarifas elevadas a los Concesionarios RPT que se encuentran en una situación asimétrica frente a los Concesionarios SLM." Página 410 de la Resolución Recurrída.

²⁴⁹ "7.21 Los Concesionarios SLM tienen incentivos para establecer tarifas de los Servicios Relevantes superiores al costo incremental de largo plazo correspondiente, por las siguientes razones: i) contribuyen a elevar los costos de las llamadas off net; ii) les permite obtener ingresos significativamente superiores de los que obtendrían si las tarifas del servicio relevante estuvieran más cercanas al costo incremental promedio de largo plazo por la terminación de las llamadas originadas en redes de Concesionarios SLF y SLD, y iii) no inciden en las tarifas de las llamadas on net que cobran a sus suscriptores. La capacidad para fijar unilateralmente las tarifas de los Servicios Relevantes sólo puede ser contrarrestada por la capacidad de los demás concesionarios de servicios locales y de larga distancia de responder con incrementos superiores en la tarifas de terminación en sus redes. La experiencia de los últimos años indica que la capacidad de respuesta de los Concesionarios SLF y SLD (no pertenecientes a grupos de interés que integren la prestación de SLM) es virtualmente inexistente, debido a que no pueden prescindir de los servicios de terminación conmutada en las Redes móviles." Página 416 de la Resolución Recurrída.

²⁵⁰ "7.22 Telcel tiene los incentivos y la capacidad para fijar las tarifas de su Servicio Relevante a niveles superiores al costo incremental de largo plazo. Esta capacidad se sustenta en su participación del 75.2% en el número de líneas móviles en el territorio nacional (véanse Anexos 4 y 5), situación que hace necesario el uso de su Servicio Relevante. Por otra parte, las tarifas de terminación superiores a costos tienden a fortalecer el posicionamiento del prestador del Servicio Relevante en el mercado de servicios locales móviles, ya que contribuye a encarecer los costos de los servicios de llamadas off net de sus competidores, y

Todo lo anterior es omitido por Telcel. En el caso de la fijación de tarifas mediante acuerdos entre partes, debe precisarse que necesariamente cada una de las partes asumirá su posición de acuerdo a sus condiciones respecto a su contraparte.

Por otra parte, debe considerarse que el hecho de que Telcel haya cobrado distintas tarifas de terminación en su red, refleja precisamente todo lo antes expuesto, porque ha tenido la libertad de negociar y acordar tarifas de Terminación móvil con sus contrapartes que son concesionarios SLM y a los concesionarios SLF y SLD que no solicitaron la intervención de la Cofetel, que son superiores a las que se ha visto obligada a aplicar como resultado de distintas resoluciones del regulador sobre desacuerdos tarifarios con varios concesionarios SLF y SLD, lo cual apoya los análisis de la CFC.²⁵¹

En cuanto hace a las medidas cautelares que, supuestamente, siguen surtiendo sus efectos, debe apuntarse que Telcel no indica cuáles son estas medidas, ni en qué fecha fueron decretadas, además de que se puede apreciar que dichos procedimientos se encuentran sobreesidos por desistimiento de las partes.²⁵²

5.5. Cambio de esquema regulatorio

5.5.1. Análisis inadecuado de fijación de precios

El presente numeral se responde en estricto cumplimiento a lo resuelto en la Ejecutoria y en la Sentencia, según lo señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución.

El Tribunal Especializado señaló en el punto 4.8. de la Ejecutoria: "4.8. En los apartados (...) **5.5.1 Análisis inadecuado de fijación de precios**, la responsable calificó los argumentos relativos como inoperantes por novedosos señalando, que debieron alegarse por la hoy quejosa al manifestarse respecto del dictamen preliminar y no al momento de imponer el recurso, ya que la fijación de las cuestiones a debate se realizaría con base en lo contenido en ese dictamen y la antítesis que formulen los agentes económicos con interés, destacando la responsable que no existe disposición alguna que la obligue a determinar la naturaleza jurídica de todos y cada uno de los actos jurídicos que realice. Igualmente, motivó la responsable, la recurrente pretendió traer a estudio elementos que son posteriores al periodo investigado (...)" (Énfasis añadido). Al respecto, la autoridad judicial consideró que la valoración del agravio era ilegal, al haber coartado la CFC el derecho de defensa de Telcel. Por tanto, con la finalidad de dar cumplimiento de la Sentencia y de la Ejecutoria, esta autoridad realiza la calificación y análisis de fondo sobre las consideraciones efectuadas.

permite a dicho concesionario ofrecer una mayor proporción de servicios de llamadas on net, respecto de las llamadas off net generadas por sus usuarios." Página 416 de la Resolución Recurrída.

²⁵¹ "(...) cabe señalar que durante el 2010 Telcel recibió cuatro tipos de tarifas de terminación distintas: i) \$1.00 de las redes móviles y redes fijas distintas de Avantel, Axtel, Marcatel, Protel, y Bestphone, ii) \$0.90 de las redes fijas de Marcatel, y Bestphone, iii) \$0.4705 de las redes fijas de Avantel y Axtel66, y iv) \$0 (sin pago) de la red de Protel (...)" Folio 534 del Expediente del Recurso.

²⁵² "Según consta en las copia certificadas presentada por Telcel dentro del presente procedimiento, respecto de los expedientes 17946/06-17-07-8 y acumulados correspondientes 17978/06-17-02-6 17947/06-17-02-9, tramitados ante la Séptima Sala Regional Metropolitana del TFJFA, Alestra presentó ante la Oficialía de Partes Común del TFJFA, escrito de desistimiento el dos de enero de dos mil siete, por lo que el cinco de enero de dos mil siete, la Séptima Sala Regional Metropolitana del TFJFA acordó sobreseer dicho juicio. Asimismo, dentro del juicio de amparo promovido por Axtel y Avantel, radicado ante el Sexto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa en Turno en el Distrito Federal, dentro del expediente 313/2011, dichas empresas presentaron escrito de desistimiento el diez de junio de dos mil once, ratificado ante esa autoridad en la misma fecha." Nota al pie número 247 de la Resolución Recurrída.

Al respecto, Telcel realizó sus manifestaciones en el sentido literal siguiente:

“De manera general, en la página 137 de la Resolución se resume (sic) las razones por las cuales la CFC considera que las resoluciones de la Cofetel no son suficientes para diluir el supuesto poder sustancial de los concesionarios de las RPTs sobre la terminación en sus propias redes. Dichas razones a continuación:

“i) sólo tienen efectos sobre las dos partes firmantes, por lo que no existe obligación de extenderlas a los demás concesionarios; ii) tratan exclusivamente sobre las condiciones no acordadas; iii) constituyen arbitrajes de los extremos planteados por las partes; por lo que no necesariamente uno u otro de los extremos, o la decisión arbitral, corresponde a una solución de competencia en los mercados de que se trate-; iv) no modifica las condiciones económicas y técnicas que dotan a un agente económico de poder sustancial de mercado...”

De lo antes transcrito este Instituto advierte que la línea argumentativa de la recurrente se origina en los razonamientos que la CFC utilizó para desvirtuar las manifestaciones de Telcel en el apartado “a) El procedimiento pretende modificar las reglas EQLLP y juzgar su cumplimiento”, de la Resolución Recurrída. Sin embargo, los puntos que Telcel transcribe en ningún momento fueron utilizados para señalar que las resoluciones de la Cofetel no eran suficientes para “diluir” el poder sustancial de los concesionarios de las RPT’S en los Mercados Relevantes. Telcel tergiversa la conclusión de los puntos que transcribe y, por lo tanto, su línea argumentativa parte de supuestos erróneos.

Al respecto, esta autoridad advierte que, los puntos que Telcel transcribe fueron utilizados por la CFC para combatir los argumentos que la recurrente hizo valer en la Resolución Recurrída en donde señaló que el DP tenía el propósito de “revisar, modificar o calificar las reglas sobre EQLLP”. En respuesta a tales argumentos, la CFC dio contestación con el objeto de demostrar que el procedimiento para determinar el poder sustancial en los Mercados Relevantes no pretendía modificar o complementar “la modalidad el que llama paga local, la modalidad el que llama paga nacional, el alcance de las reglas respectivas y su cumplimiento por parte de los concesionarios obligados, la interconexión, la terminación de tráfico conmutado, etc.”, sino identificar una situación de mercado así como sus características. En la presente resolución también se ha explicado con exhaustividad que la finalidad del procedimiento del que emanó la resolución recurrída no tiene por objeto modificar la normatividad en materia de telecomunicaciones, sino únicamente busca analizar qué forma dan dichas normas a las transacciones del mercado relevante identificado. Al respecto la CFC señaló:

“Esta autoridad hace énfasis en que el procedimiento que nos ocupa no tiene como propósito revisar, modificar o calificar las reglas sobre EQLLP, y que en ninguna parte del DP, ni de la presente RESOLUCIÓN, la COMISIÓN pretende interpretar las normas en materia de telecomunicaciones a fin de juzgar su conveniencia, ni mucho menos evaluar el cumplimiento de las mismas por parte de los agentes económicos concesionarios.

(...)

se reitera que no cabe suponer que se está juzgando o derivando consecuencias jurídicas sobre agente económico alguno por cumplir con la multicitada normatividad, sólo porque ésta se consideró en el DP en los términos descritos en el párrafo anterior. Lo único que es posible derivar de tal actuación, es que esta Comisión está facultada expresamente por la legislación de competencia y por la legislación sectorial para determinar la posible existencia de poder sustancial en el mercado relevante, y que para ello debe incorporar

en su análisis la normatividad en materia de telecomunicaciones en el marco de las facultades, atribuciones y obligaciones que le confiere el marco legal antes citado.

(...)

TELCEL intenta tergiversar el papel que tienen las reglas sectoriales en el análisis de competencia como elementos que deben ser considerados para definir mercado relevante y evaluar poder sustancial de conformidad con la LFCE y su reglamento.

(...)

Lo que en efecto se hace notar en el DP, son las resoluciones de la COFETEL que contienen información sobre la existencia de tarifas de los STCRM muy superiores a sus costos, y los niveles tarifarios que resultaron de sus resoluciones sobre desacuerdos entre distintos CONCESIONARIOS RPT. En relación con estas resoluciones, en el DP se indica el contexto legal en el que aplican; es decir, que: i) sólo tienen efectos sobre las dos partes firmantes, por lo que no existe obligación de extenderlas a los demás concesionarios; ii) tratan exclusivamente sobre las condiciones no acordadas; iii) constituyen arbitrajes de los extremos planteados por las partes, por lo que no necesariamente uno u otro de los extremos, o la decisión arbitral, corresponde a una solución de competencia en los mercados de que se trate; iv) no modifica las condiciones económicas y técnicas que dotan a un agente económico de poder sustancial de mercado; v) carecen del alcance y de los objetivos de la regulación que implica la imposición de las medidas previstas en el artículo 63 de la LFT. Resulta por tanto ilógico afirmar que describir los contenidos legales de las resoluciones sobre los desacuerdos tarifarios en comento, y analizarlos en términos de la LFCE, equivale a juzgar el desempeño de la COFETEL.” (Énfasis añadido)

Demostrado lo anterior, en cumplimiento a la Ejecutoria, se procede a estudiar a fondo los argumentos de Telcel a pesar de que dicho agente económico basa sus argumentos en premisas erróneas.

Telcel señala:

“Al respecto del primer punto (sólo tienen efectos sobre las dos partes firmantes, por lo que no existe obligación de extenderlas a los demás concesionarios) es importante señalar que pese a que los resultados de una resolución emitida por Cofetel solo tiene efectos sobre las partes involucradas en el procedimiento, por la existencia del principio de no discriminación es posible que las condiciones otorgadas a uno de los demandantes de servicios de interconexión sean extendidas al resto de los demandantes, siempre y cuando se encuentren en las mismas condiciones. (Énfasis añadido)

Prueba de lo anterior es que Telcel en los acuerdos planteados para el 2011, algunos de ellos incluso firmados con operadores como Telefónica, Telmex, y otros operadores fijos, había acordado una tarifa de interconexión de “CONFIDENCIAL POR LEY” pesos con una modalidad de cobro conocida como banderazo. En la cual el primer minuto se cobraba redondeado y el resto mediante un cobro por segundo. Dichas tarifas entraron en vigencia y se mantuvieron hasta el mes de mayo de 2011 cuando la Cofetel resolvió diversos desacuerdos de interconexión estableciendo una tarifa de “CONFIDENCIAL POR LEY” por segundo. A partir de lo anterior, dicha tarifa y dicha modalidad de tasación fue otorgada por Telcel a la totalidad de los concesionarios de RPTs que le solicitaron servicios de terminación de llamadas. De donde, aunque los resultados de una resolución emitida por la Cofetel en lo que a desacuerdos de interconexión se refiere obliga únicamente a la

relación que existe entre el concesionario de RPT oferente de los servicios relevantes y uno de los solicitantes del mercado. En la práctica la generalización de la misma al resto de los concesionarios de RPT's es posible. Basta señalar que durante el 2011 la Cofetel emitió resoluciones (en los mismos términos en cuanto al nivel de la tarifa de interconexión) para al menos ocho concesionarios de RPT's que solicitaron dichos servicios a Telcel. (Énfasis añadido)

Al respecto del primer punto es importante señalar que pese a que los resultados de una resolución emitida por la Cofetel sólo tiene efectos sobre las partes involucradas en el procedimiento, por la existencia del principio de no discriminación es posible que las condiciones otorgadas a uno de los demandantes de servicios de interconexión, sean extendidas al resto de los demandantes, siempre y cuando se encuentren en igualdad de circunstancias." (Énfasis añadido)

El argumento de la recurrente es infundado, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se advierte que la recurrente acepta que las resoluciones de la Cofetel, sólo tienen efectos sobre las partes firmantes, al señalar: "De donde, aunque los resultados de una resolución emitida por la Cofetel en lo que a desacuerdos de interconexión se refiere obliga únicamente a la relación que existe entre el concesionario de RPT oferente de los servicios relevantes y uno de los solicitantes del mercado." Sin embargo, argumenta que existe la "posibilidad" de que las mismas sean extensivas al resto de los demandantes, siempre y cuando se encuentren en las mismas condiciones.

Debe advertirse que Telcel omite especificar a qué condiciones se refiere y, bajo la línea argumentativa de la recurrente, ello significa que aquellos que no cumplan con "las mismas condiciones", no podrían beneficiarse de las resoluciones establecidas por la Cofetel.

Con base en lo anterior, es importante advertir que las resoluciones de la Cofetel a las que hace referencia la recurrente, no tienen por objeto determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los términos previstos en el artículo 63 de la LFT, ni obedecen a los objetivos previstos en dicho precepto, los cuales se refieren a la evaluación de la capacidad de un agente económico para ejercer su poder de mercado. Por lo que, es ilógico que la recurrente pretenda darles el alcance de una declaratoria de poder sustancial.

En el mismo sentido es pertinente señalar que las tarifas que pudieran imponerse como resultado de la existencia de poder sustancial por el regulador sectorial podrían ser de aplicación ex ante. Es decir, no habría una negociación previa para tratar de obtener una tarifa que beneficie a ambas partes, sino que la tarifa tendría que ser la que la autoridad llegue a imponer. Por otra parte, el desacuerdo de interconexión es de aplicación ex post. Es decir, debe ser antecedido de una negociación en la que el poder de negociación de Telcel podría manifestarse para posteriormente acudir con la autoridad sectorial. Es esta ventana de oportunidad de manifestar ese poder de negociación una de las razones que permite concluir que Telcel detenta poder sustancial.

Adicionalmente, Telcel evade el hecho de que al ser éste un agente económico con una fuerte presencia 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 SLD, la posibilidad de hacer extensivas las resoluciones de la Cofetel dependería exclusivamente de él. Como se ha señalado, dichas resoluciones sólo tienen efectos sobre las partes firmantes,

cualquier otra solicitud de interconexión tendría que realizarse bajo el esquema de libre fijación prevista en el artículo 60 de la LFT, lo que permitiría que Telcel haga uso de su poder de negociación apalancada por la necesidad del usuario entrante de terminar llamadas en su red.

A mayor abundamiento, **se destaca que un agente económico tiene la capacidad de ejercer su poder de mercado a través de la determinación de las condiciones de acceso, lo que sin duda incluye pero no se limita al establecimiento de tarifas.** Por esa razón, el marco legal prevé la posibilidad de que el regulador sectorial pueda intervenir para resolver condiciones no convenidas en negociaciones bilaterales,²⁵³ pero también para imponer regulaciones específicas que controlen los posibles efectos contrarios al proceso de competencia resultantes de la estructura del mercado o los incentivos de un agente declarado con poder sustancial de mercado en términos de la LFCE.²⁵⁴

Así, considerar fundado el argumento de la recurrente sería tanto como aceptar que una vez que la Cofetel emitiera su resolución en un desacuerdo bilateral, esa decisión sería suficiente para asegurar que las condiciones que prevalecen en el mercado materia del procedimiento se aproximan a las de un mercado en competencia, lo cual no es cierto porque el mercado tiene diversos aspectos estructurales; es decir un desacuerdo de interconexión no puede ser comparado con una declaratoria de poder sustancial. **Es importante tener claro que las declaratorias de poder sustancial en un mercado relevante, tienen por objeto identificar características de un agente o grupo de agentes económicos, así como otros aspectos estructurales del mismo mercado.** En este sentido, una declaratoria no trata de arbitrar las relaciones entre partes, que pudieran o no hacerse extensivas a otros agentes, sino de asegurar que a nivel estructural existan condiciones que se asemejen a las que prevalecerían en una situación de competencia en el mercado. Así, de ser necesario, **será en un procedimiento diverso en el que se determine imponer medidas asimétricas que modifiquen la estructura del mercado en el que exista un agente con poder sustancial para acercarlo a las condiciones que prevalecerían en un mercado en competencia.**

Es decir, dichas medidas constituyen una herramienta que permite al regulador sectorial proveer una solución integral para la estructura de un mercado, lo cual es esencialmente diferente al concepto implícito en el razonamiento de la recurrente, quien argumenta que con base en el principio de no discriminación **“es posible que las condiciones otorgadas a uno de los demandantes de servicios de interconexión (haciendo referencia a las resoluciones de la Cofetel) sean extendidas al resto de los demandantes, siempre y cuando se encuentren en las mismas condiciones.** Este razonamiento no lleva a soluciones integrales en el sentido que asume que lo que adecuado para dos partes debe ser adecuado para otras partes y, suponiendo sin conceder que lo anterior sea cierto, tiene un componente hipotético sobre que dicha solución sea extendida al resto de las partes.

Telcel continúa:

“Respecto al segundo punto es importante mencionar que las condiciones no acordadas que trata la Cofetel en sus resoluciones no se limitan al nivel de la tarifa de interconexión. En las recientes resoluciones emitidas por la Cofetel, y no analizadas por la Comisión en su

²⁵³ Artículo 60 de la LFT.

²⁵⁴ Artículo 63 de la LFT.

Resolución, esta autoridad ha resuelto sobre el tipo de interconexión que debe otorgarse, cuestiones técnicas en cuanto a los puntos de interconexión, formas de tasación, entre otros. Es así que la Cofetel ha intervenido sobre cualquier tipo de condición no acordada entre las partes en materia de interconexión. Ahora bien el que los concesionarios de RPTs solicitantes únicamente presenten un conjunto de condiciones no acordadas ante esta autoridad obedece, como se señaló anteriormente, a que el resto de las condiciones conviene a sus intereses y, posiblemente, las partes han podido llegar a un acuerdo mutuo sobre las mismas. Sin embargo, lo anterior no elimina la limitación de la autoridad a cualquier tipo de ejercicio de supuesto poder sustancial en el mercado relevante por parte del concesionario de RPT que ofrece la terminación en su red; debido a que el concesionario solicitante de la intervención por parte de la autoridad siempre podrá incluir en el conjunto de condiciones a presentar ante ésta cualquiera que no haya podido acordar y que, por lo mismo, pudiera quedar al arbitrio de la supuesta fijación por parte del concesionario de RPT otorgante de la terminación.

De donde, es falso lo afirmado por la Comisión en su Resolución respecto de que "...la existencia y cumplimiento de la normatividad sectorial contribuye a moldear la manera en que acuden en los mercados, pero no controla la mayor parte de sus conductas comerciales". Como se observó, la Cofetel ha controlado, a solicitud de diversos concesionarios de RPTs, gran parte de los elementos que definen las conductas comerciales de Telcel. Incluso no sólo desde el punto de vista económico sino técnico. Así esta autoridad ha interferido e interfiere en una multiplicidad de aspectos comerciales de dichos oferentes. La misma CFC en su Resolución señala que "... la regulación que les aplica no interfiere en una multiplicidad de aspectos comerciales, lucrativos, y de mercados que estos agentes económicos desarrollan al amparo de sus concesiones, salvo que... existan resoluciones del regulador que acoten por periodos prolongados las decisiones sobre tarifas u otras características de sus ofertas (énfasis añadido). Pues bien, son precisamente las resoluciones de la Cofetel emitidas durante el 2011, y no analizadas por la Comisión en su Resolución, la salvedad que menciona la misma autoridad de competencia. Ya que éstas resoluciones acotan por periodos prolongados las decisiones sobre tarifas y otras características de los servicios de terminación ofrecidos por Telcel. De ahí que la falta de análisis de dichas resoluciones por parte de la Comisión la lleve a conclusiones erróneas, parciales, y carentes de vigencia en el mercado relevante.

El tercer punto presentado por la CFC es erróneo y muestra un total y absoluto desconocimiento por parte de dicha autoridad de la manera en la que funcionan las resoluciones de la Cofetel respecto de las condiciones no convenidas en materia de interconexión. Dicho punto se refuerza con las afirmaciones falsas y carentes de sentido de la CFC como la siguiente: "... las resoluciones sobre desacuerdos tarifarios del STCRM no solucionan necesariamente problemas de poder sustancial ni llevan al establecimiento de tarifas del STCRM competitivas". Contrario a lo manifestado por la autoridad de competencia, las resoluciones de la Cofetel sí solucionan los problemas de poder sustancial eliminándolos, y sí llevan al establecimiento de tarifas competitivas. Lo anterior por que (Sic), a diferencia de lo erróneamente señalado por la CFC, no constituyen "extremos planteados por las partes". (Énfasis añadido)

De analizar la Resolución de Condiciones No Pactadas, se puede observar que una de las principales tareas de la Cofetel es la de “establecer una regulación adecuada, precisa e imparcial de la interconexión, que promueva y facilite el uso eficiente de las redes públicas de telecomunicaciones, fomente la entrada en el mercado de competidores eficientes, incorpore nuevas tecnologías y servicios, así como que promueva un entorno de sana competencia” (énfasis añadido). Asimismo, se establece que la regla “... la regla 53 de las Reglas de Servicios de Larga Distancia (en lo sucesivo las “RSLD”) y la Regla Novena Transitoria de las RdSL, se desprenden que la Comisión resolverá las tarifas relacionadas a la función de terminación de tráfico público conmutado en las redes autorizadas para prestar el servicio local... de tal forma que se promueva una sana competencia entre los prestadores de servicio de telecomunicaciones...” (Énfasis añadido).

Dichas citas son prueba de que los objetivos de la Cofetel en la determinación de tarifas en los desacuerdos de interconexión sí son los de establecer tarifas competitivas que promuevan una sana competencia en el mercado. Lo anterior en clara contradicción a lo afirmado por la CFC quien manifiesta que “... la decisión arbitral (no necesariamente) corresponde a una solución de competencia en los mercados...” Por lo que o bien la Comisión desconoce el procedimiento de intervención de la autoridad en desacuerdos de interconexión, y el contenido de la LFT y las RSL y RSLD; o bien, considera que la Cofetel no ha cumplido, o tiene potencial de incumplir, con los objetivos claramente planteados para su desempeño. En caso de que sea lo primero, desconocimiento de la ley y los procedimientos, esto explicaría las conclusiones erróneas sobre la existencia de poder sustancial a las que llega la CFC.

Más aún, en diciembre de 2006 con motivo de la implementación de la modalidad EQLLPN, la Cofetel emitió el Comunicado de Prensa No. 29/2006 en el que afirmaba que “El monto de las tarifas de interconexión acordadas, es congruente con el objetivo que la Comisión Federal de Telecomunicaciones se ha propuesto para que el monto de las mismas se base en costos, de conformidad con las mejores prácticas a nivel mundial. Por ello, la tarifa de terminación en redes móviles que será de \$1.34 en 2007, \$1.21 en 2008, \$1.09 en 2009 y \$1.00 en 2010, permitirá una reducción de 34 por ciento en la tarifa al usuario final en los próximos cuatro años, así como colocar a México dentro de los países más competitivos en este servicio a nivel mundial.” Por lo que contrario a lo afirmado por la CFC, las tarifas de interconexión existentes en el mercado han sido acordadas en la industria y reconocidas por la autoridad como competitivas y orientadas a costos; por lo que de ninguna manera puede concluirse que las mismas pueden ser el resultado de una imposición de precios por parte de agente económico alguno en el mercado.

Por otra parte, nuevamente en el análisis de la Resolución de Condiciones No Pactadas que no llevó a cabo la CFC, se puede observar que es falso que la Cofetel tenga que resolver sobre alguno de los extremos planteados por las partes. En dicha Resolución de Condiciones No Pactadas se establece claramente el proceso mediante el cual la Cofetel determinará las tarifas de interconexión no pactadas y otras condiciones como sigue: “ las RdSL y las RSLD establecen claramente los lineamientos que deberá seguir la autoridad para el establecimiento de dichas tarifas de interconexión en caso de un desacuerdo de interconexión al amparo del artículo 42 de la LFT, esto es, se deberá establecer para todos los casos tarifas que permitan recuperar los CIPLPS y los costos comunes atribuibles a dicha

función utilizando una metodología de costeo de acuerdo a bases internacionales reconocidas, la evolución de las referencias internacionales y el crecimiento y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones del país, de tal forma que se promueva una sana competencia entre los prestadores de servicio de telecomunicaciones, a efectos de que estos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios.” Así en dicha resolución la Cofetel no admitió el modelo de costos y pericial económica prestada por Telcel y tampoco dio por hecho que se debía otorgar la tarifa de interconexión solicitada por Alestra, S. de R. L. de C.V. (Alestra). Lo anterior por considerar que tenía la capacidad para resolver sin la necesidad de dichos elementos señalando que: “En este sentido, el Pleno de la Comisión estima innecesario entrar al estudio de los argumentos de Alestra y Telcel respecto a los elementos que se deben considerar para determinar la tarifa de interconexión 2001, ya que (...) la Comisión determinará dicha tarifa de conformidad con el marco jurídico aplicable y aplicando un modelo de costos”. Dicho lo anterior, con la aplicación de un Modelo de Costos Incrementales Totales de Largo Plazo de una empresa eficiente y utilizando sus propios supuestos, la Cofetel determinó una tarifa de interconexión de “CONFIDENCIAL POR LEY” con una tasación por segundo. La cual, independiente de ser adecuada o no, no corresponde a ninguno de los extremos presentados por las partes involucradas en el desacuerdo de interconexión.

En suma, es falso el punto iii) de la Comisión analizado en la cita presentada al inicio de esta sub sección.”

De la lectura integral de lo antes transcrito se advierte que la línea argumentativa de Telcel en este apartado tiene por objeto demostrar que la falta de análisis de la Resolución Recurrída respecto de las resoluciones emitidas por la Cofetel durante el año dos mil once derivó en “(...) conclusiones erróneas, parciales, y carentes de vigencia en el mercado relevante.”

A través del argumento que se analiza, la recurrente pretende demostrar que las resoluciones de la Cofetel “sí solucionan los problemas de poder sustancial eliminándolos, y sí llevan al establecimiento de tarifas competitivas” y, en consecuencia, que la CFC estaba obligada a analizarlas al emitir la Resolución Recurrída. Sin embargo, la recurrente únicamente hace referencia a la “Resolución que Determina Las Condiciones de Interconexión No Convenidas entre Alestra, S. de R. L. de C.V., Avantel, S. de R. L. de C.V y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.,” emitida por el pleno de la Cofetel el treinta y uno de agosto de dos mil seis, por lo demás, se limita a señalar que la CFC dejó de analizar “resoluciones de la Cofetel emitidas durante el 2011”, haciendo referencia a la prueba consistente en los informes rendidos por la Cofetel que le fue desechada por no versar sobre los hechos materia de la Resolución Recurrída y por no acreditarse que Telcel hubiese solicitado previamente la información sobre la que versaría dicho informe.²⁵⁵

Respecto al análisis de la “Resolución que Determina Las Condiciones de Interconexión No Convenidas entre Alestra, S. de R. L. de C.V., Avantel, S. de R. L. de C.V y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.,” se ha señalado que ésta tenía por objeto garantizar la interconexión de RPT de

²⁵⁵ De conformidad con el acuerdo de veinte de diciembre de dos mil once, dicha prueba fue desechada: (i) por no versar sobre los hechos de la Resolución Recurrída al escapar de la temporalidad de los hechos analizados en dicha resolución; (ii) Telcel no acreditó haber solicitado previamente a la Cofetel los informes que ofreció, siendo ésta su obligación toda vez que los mismos se encontraban a su disposición en el Registro de Telecomunicaciones; y (iii) Telcel no indicó de forma precisa qué información pretendió ofrecer. Folios 01279 a 01287 del Expediente del Recurso.

conformidad con los artículos 41 y 42 de la LFT, lo cual es completamente diferente a emitir una declaratoria de poder sustancial en un mercado relevante. No hay nada en la "Resolución que Determina Las Condiciones de Interconexión No Convenidas entre Alestra, S. de R. L. de C.V., Avantel, S. de R. L. de C.V y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.," que indique que dicha autoridad realizó su análisis a partir de un estudio del mercado con fundamento en el artículo 33 bis de la LFCE.

Por lo que hace a la "resoluciones de la Cofetel emitidas durante el 2011", este Instituto advierte que con dicho elemento probatorio Telcel pretendía señalar **(i)** cuál era el estado en el que se encontraban los mercados relevantes analizados en la Resolución Recurrída; **(ii)** las resoluciones sobre desacuerdos de interconexión emitidas por la Cofetel en el año dos mil once en las que Telcel fuera parte y **(iii)** el contenido del acuerdo de tarifas de interconexión celebrado entre diversos operadores en noviembre de dos mil once. Al respecto es de señalar que la incidencia de desacuerdos de interconexión lejos de acreditar que Telcel no tiene poder sustancial, evidencia la asimetría de las negociaciones entre Telcel y el resto de los operadores para obtener una tarifa mutuamente beneficiosa.

Asimismo, se reitera que el análisis llevado a cabo para declarar a un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante, tiene por objeto determinar si éste tiene la capacidad, actual o potencial, para ejercer ese poder de mercado en perjuicio de las condiciones de competencia que prevalezcan en un mercado específico; y a partir de esa determinación, que la Cofetel impusiera la regulación específica de aplicación ex ante o ex post necesaria para prevenir afectaciones al proceso de competencia económica. Por otro lado, se insiste que las resoluciones emitidas por la Cofetel para dirimir desacuerdos específicos entre operadores tienen por objeto establecer las condiciones de acceso que deben prevalecer entre Telcel y el solicitante específico, es decir, tienen un alcance bilateral, por lo que no tienen por objeto establecer soluciones para prevenir afectaciones en la dimensión del mercado analizado que pudiesen resultar del ejercicio de poder de mercado por parte de un agente económico, como Telcel lo pretende argumentar. Sobre ese argumento, si un desacuerdo de interconexión efectivamente ofreciese una solución integral de mercado, la LFCE no tendría razón de ser.

En cuanto a la información que la CFC analizó para su determinación de poder sustancial, cabe resaltar que ésta refleja las condiciones que prevalecían en el mercado relevante durante el periodo analizado, incluyendo los posibles efectos de la regulación que en su caso emitiera la Cofetel (prueba de ello es la afirmación de Telcel respecto a que la interconexión sigue siendo provista en tanto se tramitan y resuelven los procedimientos de desacuerdo). Telcel erróneamente atribuye a los procedimientos para dirimir controversias en negociaciones bilaterales, el carácter regulatorio ex ante a la determinación de existencia de poder de mercado. Por otro lado, en cuanto a las resoluciones emitidas por la Cofetel, éstas se basan en la información específica del asunto en desacuerdo entre los operadores, por lo que la resolución que se emita por parte del regulador tendrá como finalidad la prevención de una fijación de precios y condiciones de acceso no competitivos. Es por lo anterior que las resoluciones emitidas por la Cofetel vigentes durante el periodo de investigación definido para el análisis de poder sustancial, a lo más, tienen el alcance de modificar relaciones entre Telcel y sus contrapartes en esos procesos, pero la evaluación de su poder en el mercado relevante sólo puede realizarse a través del procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE.

No obstante, **este Instituto advierte que analizar dichas resoluciones no modificaría la Resolución Recurrída**, pues suponiendo sin conceder que la CFC hubiese admitido la prueba consistente en el informe que rindiera la Cofetel respecto de los acuerdos de interconexión y el estado de los mercados relevantes para el año dos mil once, dichos acuerdos no serían suficientes para modificar las conclusiones de la Resolución Recurrída en tanto que: **(i)** las resoluciones de la Cofetel no se realizaron conforme al procedimiento para analizar poder sustancial en el mercado relevante, establecido en el artículo 33 bis de la LFCE y **(ii)** como ya se ha comentado, la información de las “resoluciones de la Cofetel emitidas durante el 2011” quedan fuera del periodo de investigación, cuya fecha de inicio fue el treinta de noviembre de dos mil siete²⁵⁶ y su conclusión el veinticinco de abril de dos mil ocho.

Por todo lo anterior, existe una imposibilidad de esta autoridad, para tomar decisiones con base en la información a que hace referencia Telcel, toda vez que la misma fue desechada como prueba mediante acuerdo de fecha veinte de diciembre de dos mil once y como se ha señalado el análisis de dicha información en párrafos precedentes, en nada modifica la determinación de la Resolución Recurrída.

Atendiendo al mismo razonamiento, es necesario reiterar que las resoluciones a desacuerdos de interconexión únicamente tratan cuestiones relativas a las condiciones no convenidas por los operadores. Si bien en las resoluciones referidas la autoridad se ocuparon de cuestiones como **(i)** la tarifa a la cual se debería prestar el servicio de terminación y **(ii)** diversas condiciones técnicas relativas al servicio de interconexión, no puede pretenderse que dichas cuestiones se equiparen a una declaratoria de poder sustancial. Se reitera también, que la declaratoria de poder sustancial comprende aspectos estructurales del mercado.

La resolución de desacuerdos de interconexión no toma en consideración la participación en el mercado relevante y la capacidad de restringir el abasto (artículo 13, fracción I de la LFCE). En el presente caso, no puede soslayarse que Telcel cuenta con la mayor red móvil en términos de usuarios y que ello se traducirá en que todos los entrantes al servicio de telefonía móvil necesiten terminar llamadas en la red de Telcel. Las resoluciones de desacuerdos referidas tampoco tomarán en consideración las barreras a la entrada (artículo 13, fracción II de LFCE), el poder de los competidores en el mercado (artículo 13, fracción III LFCE) así como las posibilidades de acceso a fuentes alternativas de insumos (artículo 13, fracción IV LFCE).

La resolución de desacuerdos de interconexión no persigue los mismos objetivos regulatorios que una declaratoria de poder sustancial. A fin de cuentas, los desacuerdos de interconexión no pondrán a la autoridad reguladora del sector en la posibilidad de **dictar medidas para remediar cuestiones estructurales del mercado**, tales como las barreras a la entrada, el tamaño relativo de quienes prestan la terminación de llamadas en redes móviles, y, en general, para hacer del mercado un terreno más parejo y cercano a la competencia.

Por lo que hace a las manifestaciones de Telcel respecto las tarifas de dos mil diez tenemos lo siguiente:

i) en diciembre de dos mil diez Telcel pactó una tarifa de **“CONFIDENCIAL POR LEY”**

²⁵⁶ El acuerdo de inicio del procedimiento se emitió el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, sin embargo conforme al artículo 33 bis, fracción IV, de la LFCE, el plazo del periodo de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto del DP en el DOF.

“CONFIDENCIAL POR LEY”

De lo anterior, una conclusión racional confirmaría que las tarifas de interconexión fijadas por los concesionarios, en ejercicio de su capacidad de fijación de precios, se encontraban muy por encima de costos determinados por el regulador. Lo que a criterio de este Instituto, permite corroborar las conclusiones de la CFC, **pues independientemente de que los concesionarios contemplaran la “posibilidad” de extender las condiciones otorgadas a uno de los demandantes de servicios de interconexión, lo cierto es que en un primer momento Telcel, pudo fijar una tarifa elevada, haciendo necesaria la participación del regulador.**

Como quedó establecido en la Resolución Recurrída, el hecho de que el regulador haya participado en diversas ocasiones por cuestiones que no podían ser convenidas, **lejos de demostrar que no existe poder sustancial, pone en evidencia la asimetría de las negociaciones entre los operadores** que solicitaban la resolución de desacuerdos y Telcel. Telcel continúa:

“Por último la CFC afirma que las resoluciones emitidas por la Cofetel “no modifican las condiciones económicas y técnicas que dotan a un agente económico de poder sustancial de mercado...”. Sin embargo, dicha afirmación no puede ser simultáneamente cierta con el hecho de que las resoluciones de la Cofetel hoy en día no sólo dictaminan los precios en el mercado sino establecen incluso condiciones técnicas para la oferta de servicios de terminación. Por lo mismo modifican las condiciones de cualquier agente con supuesto poder sustancial al impedirle el ejercicio del mismo. Lo anterior debido a que no son las condiciones propuestas por los oferentes de los servicios de terminación, particularmente Telcel, las que rigen el mercado relevante; sino aquellas impuestas por la autoridad regulatoria (independientemente de la validez de las mismas).

En suma la siguiente afirmación de la CFC es falsa y carente de sentido económico alguno: “...la regulación sectorial impone también determinadas obligaciones a todo los (sic) CONCESIONARIOS RPT con el propósito de prevenir negativas de trato, restricciones al acceso de sus redes y servicios, o que se evadan las obligaciones en materia de interconexión e interoperabilidad sin fundamento o motivo técnico válido; sin embargo, fuera de tales obligaciones, no existen obligaciones o controles ex ante para regular el comportamiento de los concesionarios, de manera que estos agentes económicos tienen la libertad anteriormente referida de establecer sus planes de negocios, estrategias de mercado, de comercialización y para decidir sus precios y tarifas”.

Lo anterior porque la supuesta libertad de los concesionarios para establecer sus planes de negocios, estrategias de mercado, de comercialización y para decidir sus precios y tarifas únicamente se mantiene si los mismos llegan a un acuerdo con los concesionarios de RPTs demandantes de los servicios de terminación. De no ser así, estos últimos tienen toda la libertad y capacidad de acudir a la autoridad regulatoria para que la anterior fije las condiciones no acordadas. Condiciones que pueden estar relacionadas o tienen efectos en los planes de negocio, estrategias de mercado, de comercialización, precios, y tarifas en el mercado relevante. Por lo que automáticamente, los concesionarios de RPTs oferentes del servicio de terminación, como Telcel, pierden la libertad a la que se refiere la afirmación de la CFC; y con ella, cualquier supuesto poder sustancial en el mercado relevante.

Finalmente es importante señalar que existiendo esta opción real, no es necesario que exista regulación ex ante. Primero se permite a los concesionarios de RPTs llegar a un acuerdo mediante negociaciones que permitan a ambos agentes económicos alcanzar un equilibrio en el mercado. Esperando que sea el mercado mismo el que se acerque a dicho equilibrio al equilibrio competitivo. Si el mismo no es alcanzado mediante los procesos de negociación, entonces y sólo entonces la autoridad podrá intervenir para convertir y establecer las condiciones no acordadas buscando el equilibrio competitivo no alcanzado por las partes.”

Telcel afirma que las resoluciones a desacuerdos de interconexión emitidas por la Cofetel “modifican las condiciones de cualquier agente con supuesto poder sustancial al impedirle el ejercicio del mismo”. Al respecto es necesario resaltar que impedir el ejercicio de poder sustancial no es lo mismo que contar con poder sustancial. La materia del presente procedimiento consiste en identificar a agentes económicos con poder sustancial y las condiciones de competencia que rigen en un mercado. Si su ejercicio está impedido resulta irrelevante para el presente procedimiento. Por lo anterior, el argumento de Telcel resulta infundado.

En cuanto a que la Cofetel sí considera aspectos de competencia en sus resoluciones, debe tenerse en cuenta que, según el dicho de Telcel, no fue hasta dos mil once, en que se desestimaron las estimaciones de costos de las partes con la finalidad de apegarse a otro modelo, lo cual confirma el criterio de la CFC: la resolución de la Cofetel constituye un ejercicio discrecional que puede estar basado en criterios y estándares internacionales y competitivos o pueden ser utilizados los extremos que las partes propongan.²⁵⁷

También debe considerarse que Telcel no identifica las resoluciones que invoca en el presente argumento ni acredita que dichas resoluciones se encuentren firmes, lo cual no daría certeza respecto la firmeza de la tarifa y las condiciones dictadas por el regulador en su futura aplicación.

Otro extremo a recuperar del argumento en estudio es que Telcel reconoce que dicha tarifa tendría aplicación sólo respecto los concesionarios en igualdad de circunstancias, lo cual confirma que tratándose de redes o concesionarios en condiciones asimétricas existen fuertes incentivos a fijar tarifas altas que permitan la obtención de ingresos adicionales y que constituyen barreras en perjuicio de dichos concesionarios (especialmente nuevos entrantes que concurren con Telcel en el mercado del SLM), sin perjuicio del análisis realizado en el Considerando Sexto de esta resolución.²⁵⁸

En cuanto a que las nuevas condiciones resueltas por la Cofetel entran al estudio de cuestiones técnicas, debe apuntarse que no existe certeza alguna respecto a dichos extremos. Aun otorgando la razón a dicho agente sobre la existencia de tales condiciones, las mismas sólo pueden ser objeto de estudio cuando los agentes las someten ante el arbitrio del regulador.

²⁵⁷ “Constituyen arbitrajes de los extremos planteados por las partes, sin que necesariamente alguno de los extremos o la decisión arbitral corresponda a una solución de competencia en los mercados de que se trate” (página 419 de la Resolución Recurrída)

²⁵⁸ “El incremento en las tarifas de servicios de Terminación en redes móviles, tiende generalmente a beneficiar a todos los Concesionarios SLM, ya que: i) tienden a ser compensados entre ellos, y ii) representan ingresos adicionales a costa de los Concesionarios SLF y los Concesionarios SLD que no pertenecen a sus mismos grupos de interés económico” (página 418 de la Resolución Recurrída)

Respecto a que la libertad de los concesionarios se ve limitada por las resoluciones del regulador sectorial, este Instituto encuentra infundados los argumentos vertidos por la recurrente, en virtud de que como lo reconoce la propia Telcel al afirmar que la intervención del regulador en todo caso podría impedir el abuso de poder sustancial pero no descartar la posibilidad de su existencia. .

Resulta ilógico que Telcel argumente que la Cofetel, al fijar condiciones no acordadas, de manera “automática” impacte en la libertad de los concesionarios para establecer sus planes de negocio, estrategias de mercado, comercialización o bien para decidir sus precios y tarifas. De forma concreta, Telcel no especifica de qué forma ha sido afectada por dichas resoluciones y de ser el caso, como una resolución de la Cofetel en materia de interconexión afectaría, por ejemplo, su estrategia de mercado. Reiterando, lo apuntado en este mismo apartado, Telcel no explica cómo los desacuerdos de interconexión podrían ocuparse de cuestiones relativas a la estructura del mercado.

Asimismo, Telcel se limita a negar que tenga poder sustancial de mercado y que la incidencia de desacuerdos de interconexión demuestra que no tiene capacidad para fijar precios pero no controvierte el hecho de que la incidencia de desacuerdos de interconexión también es un indicativo de que sus competidores son incapaces de entablar una negociación simétrica con él y obtener un arreglo mutuamente beneficioso sin la intervención del regulador. La incapacidad de alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso también deja ver que hay un agente con mayor poder de negociación y que la consecuente intervención del regulador no significa otra cosa que la capacidad de Telcel de imponer las condiciones en las cuales ofrecerá su servicio sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.

Finalmente, el contenido de las resoluciones de interconexión no modifica la motivación principal para determinar que, Telcel detenta poder sustancial en los servicios relevantes, por el contrario la incidencia de desacuerdos de interconexión confirman su capacidad para fijar precios sobre el resto de sus competidores al momento de intentar llegar a un acuerdo.

En adición a lo anterior, debe recordarse que al momento de emitir la Resolución Recurrída el mercado presentaba las siguientes características:

- i) Existía una imposibilidad técnica de que otro concesionario distinto al titular de la concesión sobre una red pueda terminar llamadas en dicha red.²⁵⁹ (Esta característica persiste).
- ii) Las resoluciones de la Cofetel no eliminaban las asimetrías respecto las redes y concesionarios del SLF y el SLD y nuevos entrantes en el SLM (así como los existentes en términos del Considerando Sexto de esta resolución), las cuales están determinadas por la naturaleza propia de dichas redes y sus concesionarios (las redes del SLF tenían que pagar tarifas de interconexión mayores, los concesionarios del SLD no se veían compensados mediante la prestación de un servicio de terminación a los concesionarios del SLM y el TPC de los usuarios

²⁵⁹ “6.11 Únicamente la Red móvil del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión (principalmente central de destino, concentrador de líneas y línea conmutada de acceso al usuario) que permiten terminar la llamada en el número del suscriptor de sus servicios. Por tanto, técnicamente, sólo el concesionario u operador de la red en cuestión puede prestar los servicios de terminación en los suscriptores de la misma...” (página 393 de la Resolución Recurrída)

de nuevos entrantes en el SLM quienes requerían inexorablemente del servicio relevante para poder sobrevivir en el mercado).²⁶⁰

iii) El esquema regulatorio ex ante no había sido modificado en forma alguna, por lo que, al momento de emitirse la Resolución Recurrída, los concesionarios originadores mantienen la obligación de adquirir los servicios relevantes, mientras los concesionarios de las redes de destino continúan con la obligación de prestar el servicio relevante sin trasladar costo alguno al usuario de destino.²⁶¹

iv) Los esquemas de pago fomentaban los grupos cerrados y las llamadas on-net (sobre este aspecto Telcel estuvo en posibilidad de aportar elementos probatorios sobre sus esquemas de pago).²⁶²

En conclusión, al momento de emitirse la Resolución Recurrída, las condiciones que generaron que Telcel detentara poder sustancial en los servicios relevantes prestados en su red persistían, aun en el supuesto de que las tarifas de los servicios relevantes se pudieran encontrar ajustadas o cercanas a costos.

5.5.2. Situación actual

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

Desenvolvimientos recientes en los mercados, la regulación y la normatividad vigente modifican sustancialmente las características de los mercados relevantes analizados por la Comisión, particularmente aquél en el que participa Telcel como oferente. Y, consecuentemente, fortalecen los impedimentos para que Telcel tenga poder de fijación de precios en el mencionado mercado relevante.

Por un lado, la consolidación y madurez de muchos agentes en la industria bien puede ser un factor que nutre los procesos de negociación, y el crecimiento en la base de usuarios de la industria en su conjunto fortalece la reciprocidad en las tarifas de interconexión como un factor que no puede desestimarse en el sentido que se ha descrito. Así al día de hoy, y durante el 2011, Telcel cobra por los servicios de terminación en su red "CONFIDENCIAL POR LEY" por segundo cuando ya había negociado y acordado con algunos concesionarios de RPT's el cobro de una tarifa de "CONFIDENCIAL POR LEY" por segundo (con el primer minuto) redondeado. Sin embargo, cuando la Cofetel resolvió diversos desacuerdos de interconexión estableciendo una tarifa de "CONFIDENCIAL POR LEY" por segundo, Telcel comenzó a ofrecer, la misma tarifa al resto de los operadores que demandaban sus servicios de terminación. Esto como resultado de las resoluciones de la Cofetel en ocho casos de desacuerdo de interconexión distintos, y de la aplicación de Telcel de los principios de no discriminación. Como resultado de dichas resoluciones, el 17 de noviembre de 2011 Telcel informó de un acuerdo al que llegó con Nextel, Marcatel, Telmex, y Telnor en el cual se respeta el cobro de la tarifa de "CONFIDENCIAL POR LEY" segundo establecido por la Cofetel para el 2011 y se plantea una tendencia decreciente en dicha

²⁶⁰ "...los Concesionarios SL y SLD no tienen la opción de responder a cambios en las tarifas de los Servicios Relevantes con modificaciones en su demanda de los mismos, toda vez que ésta responde directamente a las llamadas off net originadas por los suscriptores de sus redes. La desatención de tales llamadas off net implicaría un elevado costo y una desventaja sustancial para cualquier proveedor de telefonía." (página 409 de la Resolución Recurrída)

²⁶¹ Apartados 6.7 y 6.8 de la Resolución Recurrída.

²⁶² "...paralelamente al desarrollo de la modalidad EQLLP han prosperado los planes tarifarios sustentados en grupos cerrados de usuarios..." (página 398 de la Resolución Recurrída)

acordados por las partes sobre las condiciones de interconexión, obligación de interconectar y fijación de tarifas. Tesis que tampoco fue analizada, ni sus efectos en el mercado relevante, por la Comisión en su Resolución. Dicha Jurisprudencia implica para los mercados que las tarifas de interconexión dictadas por la Cofetel serán aplicadas inmediatamente a los mercados y operadores para los cuales estén destinadas, de forma independiente a la posibilidad de que su fundamento sea impugnado mediante los recursos correspondientes. Así pues, las tarifas de interconexión dictadas por la Cofetel en los eventuales desacuerdos, son tarifas que se aplican a los concesionarios de RPT's demandantes de los servicios de terminación independientemente de los procesos legales que pudieran iniciarse, así como cualquier impugnación que pudiera suscitarse respecto de su justificación o motivación.

Por lo tanto, ningún concesionario de RPT en México puede interponer recursos legales que dejen sin efectos temporales las tarifas dictadas por la Cofetel, y ningún operador puede obstaculizar la instauración de dichas tarifas o la aplicación de la regulación o las resoluciones de la Cofetel en este sentido. Si bien los recursos legales y los amparos representan una opción legítima para la defensa de cualquier persona ante un acto de autoridad, y proveen a los agentes en los mercados de la certidumbre jurídica necesaria para llevar a cabo sus inversiones productivas, también es cierto que al día de hoy, no existe posibilidad alguna de que la regulación dictada por la Cofetel, incluyendo las tarifas de interconexión dictadas ante los desacuerdos en la materia, pueda ser invalidada por operador alguno.

Anteriormente, las resoluciones de Cofetel ante desacuerdos de interconexión, así como los niveles de tarifas dictadas en la materia, estaban sujetas en su aplicación a la interpretación de los tribunales correspondientes y la determinación positiva de dichos tribunales sobre sus fundamentos, modificando así las condiciones del mercado por la Jurisprudencia de la SCJN, pues con ella la aplicación de las tarifas de interconexión dictadas por la Cofetel es expedita y no puede estar sujeta a suspensión por interposición de recursos legales o la impugnación sobre fundamento alguno en las resoluciones del regulador. Por ende, la Resolución de la Comisión sin el análisis de los resultados de las resoluciones de la Cofetel y la Tesis Jurisprudencial 10/2011 y, de los efectos de los mismos en el mercado relevante y en la interacción de los oferente y los demandantes en el mismo; resulta violatoria de la LFCE y del RLFCE, así como de los principios de legalidad y de seguridad y certeza jurídicas.

Resulta ilegal e improcedente que en la Resolución la Comisión declarara que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante, pues no obra en el expediente prueba o consideración alguna que demuestre tal situación en tiempo presente. Nada hay en el expediente elemento que sustente o justifique que la declaración de que Telcel tiene poder sustancial en mercado alguno, pues en todo caso, y sin conceder, de tal procedimiento sólo podría concluirse que -según la Comisión- Telcel tuvo poder sustancial en el mercado relevante en el pasado. La temporalidad del análisis resulta de la mayor relevancia en materia de competencia y libre concurrencia debido a la velocidad con que pueden cambiar las cosas en el mercado, por lo que una declaratoria de que Telcel tuvo poder sustancial en el mercado relevante durante periodos en los que la regulación y normatividad vigentes eran distintas a las que imperan hoy en día carece de razón de ser,

y menos aún puede sustentar la emisión o aplicación de obligación específica alguna que altere la realidad y la situación creada en el presente.

Todo el aspecto y repercusiones de un mercado regulado, particularmente con base en las resoluciones vigentes, escapa del análisis que la Comisión plasma sobre el mercado relevante y el poder sustancial, lo que demuestra su improcedencia.

El argumento es inoperante por novedoso y **atraer elementos ajenos a la materia de este procedimiento**. Telcel pretende atraer elementos que escapan del periodo de investigación, lo cual resulta jurídicamente imposible, ya que hacer esto generaría inseguridad jurídica al no conocer con certeza la materia de este procedimiento, sin posibilidad de otorgar a todos los interesados oportunidad de manifestarse respecto los nuevos hechos.

Sin perjuicio de lo anterior, debe apuntarse que aun entrando al estudio de dichos elementos el sentido de la Resolución Recurrída se mantiene, a pesar de las modificaciones regulatorias descritas por Telcel, en el periodo investigado, subsisten las circunstancias que motivaron el sentido de la Resolución Recurrída.

De los hechos descritos por Telcel en su escrito de recurso (en específico el argumento en estudio), resalta su capacidad de fijar los precios de los servicios relevantes, por lo siguiente:

i) Las tarifas determinadas en las resoluciones a los desacuerdos de interconexión emitidas en dos mil seis fueron de \$1.34 (un peso con treinta y cuatro centavos) en dos mil siete y se redujo gradualmente a \$1.00 (un peso) para dos mil diez;²⁶³

ii) En dos mil diez Telcel cobró cuatro tipos de tarifa distintas: **"CONFIDENCIAL POR LEY"**²⁶⁴

iii) Telcel pactó para el año dos mil once una tarifa por los servicios relevantes de **"CONFIDENCIAL POR LEY"**²⁶⁵

iv) En mayo de dos mil once, la Cofetel resolvió una tarifa por los servicios relevante de **"CONFIDENCIAL POR LEY"** y Telcel comenzó a ofrecer dicha tarifa a los demás concesionarios; y²⁶⁶

(v) El diecisiete de noviembre de dos mil once, Telcel informó de un acuerdo con Nextel, Marcatel, Telmex y Telnor en que se fijó la tarifa de los servicios relevante en **"CONFIDENCIAL POR LEY"**²⁶⁷

De lo anterior es posible concluir que, contrario a lo que señala Telcel, **si el principio de reciprocidad gobernara las relaciones de interconexión no existiría distinción en las tarifas de los servicios relevantes cuando la red de origen estuviera en igualdad de circunstancias**, lo cual no se corrobora con la situación descrita por Telcel en dos mil diez, cuando Telcel aplicaba a operadores del SLF tarifas distintas, aun cuando se trataba del mismo tipo de red de origen.

Hasta dos mil diez, la mayoría de las tarifas de los servicios relevantes se encontraban por encima de **"CONFIDENCIAL POR LEY"**, reduciéndose estas tarifas en tan sólo **"CONFIDENCIAL**

²⁶³ Folio 521 del Expediente del Recurso.

²⁶⁴ Folio 534 del Expediente del Recurso.

²⁶⁵ Folio 517 del Expediente del Recurso.

²⁶⁶ Folio 518 del Expediente del Recurso.

²⁶⁷ Folio 526 del Expediente del Recurso.

POR LEY” (lo cual implicaba una reducción del cinco por ciento) y fijándose una tarifa igual para todos los concesionarios. Siguiendo la lógica de Telcel (acerca de que un agente dominante fijaría una misma tarifa elevada para todos los concesionarios, sin importar el tipo de red), tendríamos que Telcel cumple con uno de esos extremos: fija una misma tarifa para todos los concesionarios en igualdad de condiciones.

En cuanto al nivel de la tarifa fijado en **“CONFIDENCIAL POR LEY”**, de los hechos narrados por Telcel, es posible deducir que la misma fue una tarifa alta, pues Telcel fijó la tarifa de sus servicios relevantes para dos mil once en noventa y cinco centavos, lo anterior considerando su plan de negocios, esquema y estrategias comerciales que emprendería para ese año. Sin embargo, Cofetel resuelve, en desacuerdos de interconexión, una tarifa de **“CONFIDENCIAL POR LEY”** la cual, según el dicho de Telcel, es asimilada de inmediato e incluso, para noviembre de dos mil once, celebra un convenio de interconexión formalizando dicha tarifa.

Lo anterior implica que, aun cuando Telcel había realizado sus proyecciones anuales con base en una tarifa de terminación de **“CONFIDENCIAL POR LEY”**, estuvo en aptitud desde el mes de mayo de brindar una tarifa menor en un **“CONFIDENCIAL POR LEY”**. Es decir, existen indicios de que la tarifa de los servicios relevantes fijada por Telcel para dos mil once era elevada, pues aun cuando esta se redujo en una proporción mayor a la mitad, pudo mantener su esquema de negocios.

En consecuencia, tenemos que Telcel satisface los dos supuestos que el mismo ha considerado serían indicio de poder sustancial: (i) la fijación de una tarifa elevada (ii) que sea la misma para todos los concesionarios.

Lo anterior deja de manifiesto que, aun cuando la autoridad reguladora del sector tiene intervención en los desacuerdos de interconexión, Telcel se encuentra en posibilidad de determinar libremente sus precios, incluso fijando precios que resultarían elevados.

Todo esto corrobora que Telcel mantenía incentivos a fijar tarifas altas por los servicios relevantes, para de esta forma proteger su posición competitiva respecto a redes y concesionarios en condiciones asimétricas, como lo sería un nuevo entrante en el mercado del SLM.

Un elemento más que resalta de los hechos narrados por Telcel, es que la tarifa de **“CONFIDENCIAL POR LEY”** la cual consideró la más baja del mundo, **no fue producto de su libre albedrío, sino que provino de una resolución del regulador sectorial**. Esto es relevante porque constituye un elemento que corrobora la certeza del análisis realizado en esta resolución, acerca de que los incentivos constituyen los intereses presentes de un agente económico que motivarán su conducta hacia un determinado sentido, pues, con base en información obtenida durante el periodo de investigación, en la Resolución Recurrída se determinó que Telcel tiene incentivos para fijar las tarifas por los servicios relevantes a niveles altos, lo cual sucedió así. Lo anterior demuestra que, contrario al dicho de Telcel, el análisis de poder sustancial de la CFC sí analiza las condiciones del mercado y los incentivos de los agentes de los cuales se puede considerar su comportamiento.

Suponiendo, sin conceder, que Telcel hubiera fijado tarifas bajas, aún mantiene incentivos de usar tarifas altas, dada su capacidad y las condiciones de acceso en perjuicio de otros concesionarios y redes en condiciones asimétricas, esto en términos de la Resolución Recurrída y el Considerando Sexto de la presente resolución. Lo anterior se podría manifestar

mediante la modificación de tarifas, las restricciones de abasto mediante el retraso de la entrega de los servicios relevantes (ya sea al momento de requerir de dichos servicios o aplazando la firma de un convenio), así como la elevación de las condiciones técnicas en que deba prestarse el servicio (requerir al resto de los concesionarios que cumplan con altos estándares técnicos que les dificulte adquirir los servicios de interconexión).

Todo lo anterior, porque aun cuando el regulador exista, el principio de libertad tarifaria contenido en el artículo 42 de la LFT persistiría, así como las condiciones asimétricas con respecto a otras redes.

Esto, administrado con **(a)** los canales de comunicación que se entablan mediante las negociaciones de los convenios de interconexión, **(b)** la necesidad mutua de los concesionarios del SLM por prestarse los servicios relevantes y **(c)** el principio de reciprocidad que rige, en específico, en los convenios de interconexión entre los concesionarios del SLM, donde se ofrecen el mismo precio, podría tener fuertes efectos en competidores potenciales y nuevos entrantes, quienes se enfrentarían a términos y condiciones ya determinados por los incumbentes, los cuales no necesariamente tendrían que resultar competitivos. Lo anterior sin perjuicio de lo expuesto en el Considerando Sexto de esta resolución.

La afirmación sobre las reducciones que Telmex brinde a sus usuarios finales resulta una manifestación gratuita que en nada modifica el sentido de la Resolución Recurrída.

La supuesta modificación del marco regulatorio derivada de la jurisprudencia por contradicción de tesis 10/2011 no modifica en nada el sentido de la Resolución Recurrída, ya que los efectos de las suspensiones otorgadas dentro de los medios de impugnación en contra de las resoluciones de la Cofetel no fue materia de análisis por parte de la CFC en la Resolución Recurrída, ni se consideró para determinar los inconvenientes del procedimiento de solución de desacuerdos. Es decir, dicha autoridad no consideró los efectos de la dilación de los procedimientos de amparo o la posibilidad de obtener una suspensión en contra de las resoluciones de Cofetel, motivo por el cual, atraer ese elemento en nada cambia el sentido y consideraciones de la Resolución Recurrída.

De todo lo anterior, se concluye que, aun cuando se hubiesen considerado los hechos que Telcel relata en su escrito de recurso, la situación de hecho en que se ubica Telcel (detentar poder sustancial en el mercado relevante) no se modificaría en nada e, incluso, corroboraría las conclusiones a las que arribó la CFC, así como el hecho de que dicho estudio es una confiable fuente de referencia respecto al comportamiento futuro de los agentes declarados dominantes.

5.5.3. Otras pruebas

Al respecto, Telcel realizó las siguientes manifestaciones:

La noción estricta necesaria para la declaración del poder sustancial, que es la capacidad de fijar precios implica autonomía para hacerlo independientemente de los demás agentes en el mercado. No es posible conciliar una capacidad de fijación de precios por parte de Telcel, con los siguientes fenómenos observados en el mercado relevante:

i) Variabilidad de tarifas de terminación cobradas a los concesionarios de RPT's solicitantes del servicio relevante, y

ii) Disminución en las tarifas de terminación cobradas a los concesionarios de RPT's solicitantes del servicio relevante.

En el primer caso, cabe señalar que durante el 2010 Telcel recibió cuatro tipos de tarifas de terminación distintas: "CONFIDENCIAL POR LEY". Dicha variabilidad de tarifas no es consistente con lo que se esperaría observar en un mercado donde el oferente tenga capacidad de fijar precios. De tener esta capacidad dicho oferente establecería, y de facto cobraría, una tarifa única en el mercado, fijando dicha tarifa en el nivel en el que se maximizan sus utilidades. Sin embargo, la variabilidad de tarifas es prueba de cómo la intervención de la Cofetel diluye la capacidad real de ejecutar el supuesto poder sustancial de Telcel. Más si se considera que un concesionario de RPT no está pagando monto alguno por el uso de los servicios de terminación, lo cual sólo es sostenible en un mercado regulado donde no se puede restringir la terminación de tráfico aún con la falta de pago.

En el segundo caso, las tarifas de terminación en el mercado, particularmente las de Telcel han seguido una tendencia a la baja, situación reconocida por la Comisión en la Resolución. La disminución de sus precios no es acorde ni congruente con una situación de poder sustancial. Un operador que tiene poder sustancial en los términos en los que lo define el artículo 13 de la LFCE, tiene capacidad de fijar precios sin que los demás agentes puedan contrarrestar dicho poder, con lo que simplemente no tendría por qué seguir la tendencia de disminución de la industria, ni incentivo alguno a seguir una tendencia a la baja en las tarifas ofrecidas en el mercado. En contraste, Telcel, al igual que el resto de los concesionarios de RPT's que ofrecen terminación en redes móviles, muestra señales de ajustar sus estrategias comerciales, incluyendo sus precios y tarifas a la baja. La disminución de tarifas en los mercados relevantes es otra prueba, no analizada por la Comisión en su Resolución, de la inexistencia de poder sustancial por parte de Telcel.

Así, queda demostrada la indebida determinación del mercado relevante y el supuesto poder sustancial en el mismo que la mayoría del Pleno de la Comisión pretende imputar a Telcel, por lo que, la resolución causa agravio a Telcel, pues partiendo de supuestos falsos, apreciaciones y valoraciones incorrectas y supuestos no imputables a Telcel, se han determinado incorrectamente los parámetros de los artículos 12 y 13 de la Ley de Competencia.

El argumento es inoperante por atraer elementos extraños a la materia del procedimiento de origen, ya que la variabilidad de las tarifas y sus disminuciones son hechos que se encuentran fuera del periodo investigado. Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de distintos niveles tarifarios no es evidencia de que no exista capacidad de fijar precio, cuando dichas tarifas se aplican a concesionarios en igualdad de circunstancias; además de que la disminución de tarifas sirve de prueba de que las mismas eran altas.

Sexto.- Insuficiencia de elementos para declarar la existencia de Poder Sustancial respecto de AT&T y Telefónica

Respecto del presente Considerando, el Tribunal Especializado y el Juzgado Tercero consideraron que el mismo no se encuentra en los supuestos, sobre los cuales la Ejecutoria y la Sentencia, ordenaron a esta autoridad se pronunciara de nueva cuenta conforme a lo

señalado en los incisos a. y b. del Considerando Segundo de la presente resolución, por lo que las respuestas al mismo se mantienen en los términos que a continuación se señalan.

Las recurrentes formularon los siguientes agravios en contra del análisis de poder sustancial realizado en la Resolución Recurrída:

Al respecto, Telefónica realizó las siguientes manifestaciones:

La CFC omite analizar la relevancia que tiene la estructura del mercado de los servicios finales en México sobre la capacidad que tendría cada operador para restringir el abasto. La interconexión es un insumo esencial para la prestación de servicios al usuario final y es condición de supervivencia de los operadores con una participación de mercado relativamente reducida, porque el servicio que demanda el usuario final es el de poder hacer y recibir llamadas, hacia y desde cualquier otro usuario de telefonía, sin importar a qué red se encuentra conectado; por tanto, restringir la oferta de servicios de terminación a otros operadores se traduce en una seria afectación al servicio que proporciona a sus propios usuarios. En contraste, un operador muy grande, que concentra una amplia mayoría de usuarios, sí puede restringir la oferta de servicios sin causar una afectación tan grave a sus usuarios como la que ocasiona a los usuarios del operador a quien le restringe la prestación del servicio. En conclusión, los operadores relativamente pequeños no pueden restringir la oferta de servicios de terminación sin ocasionarse a sí mismo un daño que podría dejarlos fuera del mercado de servicios finales; mientras que un operador que concentra una amplia mayoría de usuarios tiene la capacidad y los incentivos para restringir la oferta de interconexión y desplazar a los competidores más pequeños. Este análisis resulta particularmente relevante para el mercado mexicano de servicios móviles, porque registra el más elevado índice de concentración de los 60 países que reporta la Global Wireless Matrix.

La Comisión no consideró que Telefónica tiene una pequeña participación en la compra de servicios de terminación a Telcel, pero Telcel, conjuntamente con Telmex, sí cuenta con una elevada participación en la compra de los servicios de terminación de Telefónica (75% del total de minutos entrantes a la red móvil de Telefónica). Lo anterior, dado el gran tamaño relativo de la red de Telcel frente a la de Telefónica, así como su control de una diversidad de recursos esenciales que se negocian en conjunto con la terminación móvil y su relación con Telmex, quien a su vez goza de poder sustancial en diversos recursos esenciales, entre otras razones. La Comisión omite dilucidar quién cuenta finalmente con el poder de fijar precios y restringir el abasto en este contexto donde tanto la venta como la compra del servicio están altamente concentradas. En cambio, se atiene a una superficial y simplista conclusión basada en la única observación de que Telefónica cuenta con el 100% de la oferta de sus servicios, lo cual es totalmente trivial.

El entorno en que se compran y venden los servicios de terminación de llamadas entre operadores móviles supuestamente debe reflejar precios que se negocian y, por ende, se establecen de común acuerdo. En México, la negociación y el acuerdo siempre se inclinan a favor de Telcel, un único agente económico que gracias a la extensión de su red y a que cuenta por mucho con el mayor número de suscriptores (70.6% al segundo trimestre de 2011) e ingresos (67.8% al primer semestre de 2010), tiene la capacidad de imponer los términos en las negociaciones de precios, más aún cuando los volúmenes de tráfico más

significativos son precisamente los que se intercambian entre Telcel y Telmex, que forman el mismo grupo económico.

La Comisión, al resolver el presente recurso, debe enmendar esta falla metodológica, ya que de hacer la evaluación planteada obtendrá los elementos suficientes para acreditar, sin lugar a dudas, cuál es el agente económico que tiene poder sustancial tanto en el mercado relevante como en el mercado relacionado y así entender su racionalidad e incentivos. Estos incentivos están ausentes en el resto de los operadores móviles con número de suscriptores y márgenes de utilidad (al menos en el caso de Telefónica) en niveles muy bajos comparados con el agente dominante, que es Telcel.

La Comisión analiza superficialmente la conducta de los concesionarios, suponiendo sin bases que todos tienen los mismos incentivos e ignorando el hecho confirmado en la teoría económica y la experiencia de otras autoridades de competencia, respecto de que las redes grandes tienen incentivos para incrementar las tarifas de interconexión -en este caso la tarifa de terminación móvil-, para reforzar la preferencia de los usuarios a pertenecer a la red más grande.

La Comisión insiste en afirmar que todas las redes móviles se benefician de tener tarifas de terminación móvil elevadas, pues así elevan sus ingresos provenientes de la terminación. Ignora así el hecho de que una mayor tarifa de terminación tiene por efecto incrementar el atractivo de pertenecer a la red más grande frente a los usuarios finales. La Comisión nuevamente ignora la relación entre los mercados de terminación móvil y telefonía móvil, lo que le hace llegar a conclusiones equivocadas. Se debe insistir en que el negocio de los operadores móviles está en los servicios al usuario final. Aunque el servicio de terminación ofrecido pueda generar ingresos, éstos se deben contrastar con las erogaciones por servicios de terminación demandados a otros operadores y el neto entre estas partidas jamás será más importante que los ingresos por la provisión de servicios finales. Por lo tanto, las redes con menor número de usuarios en un contexto de elevada asimetría como es el mexicano, no podrían tener incentivos para mantener elevadas tarifas de terminación, ya que con ello se dificultaría la adquisición de nuevos usuarios finales.

Contrariamente a lo que afirma la Comisión, las redes con menor número de suscriptores en un contexto de alta asimetría, como el que existe entre los concesionarios móviles, no pueden tener incentivos para desalentar el tráfico de salida y entrada (off-net), promoviendo sólo el tráfico dentro de sus redes, pues con ello disminuirían el valor y atractivo del servicio final que ofrecen a los usuarios finales, deteriorando su posición competitiva frente a la red más grande. Ello porque en un contexto de altas tarifas de llamadas off-net, debido a la existencia de elevadas tarifas de terminación en redes móviles, los usuarios podrían hacer menores pagos por concepto de llamadas off-net si se afilian a la red que concentra la mayor cantidad de suscriptores.

Insistiendo en este error, la Comisión asume (página 106, inciso h) que todos los concesionarios móviles tienen los mismos incentivos y capacidad para imponer tarifas, sin considerar los efectos que esta acción tendría en la demanda del servicio final, con resultados negativos para una red como Telefónica, que tiene una participación menor en un mercado altamente asimétrico.

En la página 165, la Comisión afirma que todos los operadores móviles tienen incentivos para elevar las tarifas de terminación en sus redes dado el número importante de líneas que poseen, lo que les daría el poder de imponer tarifas a los operadores de SL y LD. La Comisión se equivoca al tomar en cuenta el número absoluto de líneas de cada operador y calificarlo de "importante" sin tomar en cuenta alguna referencia del tamaño del mercado, pues lo relevante es medirlo en términos relativos.

Por su parte, Iusacell hoy AT&T realizó las siguientes manifestaciones:

A fojas 199 de la Resolución Recurrída, la Comisión reconoce que la demanda de terminación móvil se deriva de la demanda de servicios finales. Sin embargo, tal y como se ha señalado no analiza los efectos de esta relación en el mercado relevante, desviando la discusión y eludiendo el punto principal, al introducir la demanda de llamadas off-net y llegando de esta manera a conclusiones equivocadas.

Así elude la consideración de las consecuencias que tienen las condiciones de competencia en el mercado de telefonía móvil (que inciden en la demanda), sobre el mercado de servicios de terminación móvil (cuya demanda se deriva de la primera). Al contrario, numerosas veces se argumenta en la Resolución que no existe presión competitiva en los servicios de terminación, provenientes del mercado de servicios finales, lo cual es totalmente contradictorio respecto del caso de mis representadas, puesto que ellas no tienen poder sustancial en el mercado de servicios móviles finales, sino que tienen una pequeña participación "CONFIDENCIAL POR LEY" en términos de suscriptores) y se enfrentan a un agente con poder sustancial. Por lo tanto, Iusacell sí recibe presiones competitivas en su servicio de terminación móvil, derivadas de la dinámica del servicio telefónico móvil (y también de los servicios fijos finales, incluso considerando que Telmex y Telcel forman parte del mismo grupo económico).

En este aspecto se evidencia nuevamente uno de los errores sistemáticos de la Comisión en la Resolución Recurrída, que es analizar la dinámica de competencia en los diferentes mercados de terminación que definió, de manera homogénea como si todos los operadores se encontraran en las mismas circunstancias. Ello también se deriva del error de definir diferentes mercados de terminación y considerar que los mismos funcionan aisladamente sin relación entre ellos ni con el mercado de servicios finales.

Así, ante un escenario de elevadas tarifas de terminación que eleven los precios de las tarifas off-net en las diferentes redes móviles, los usuarios se verán más atraídos a pertenecer a la red más grande, pues así tendrían que incurrir en el pago de llamadas off-net con menor frecuencia y el precio promedio del servicio telefónico móvil que tendrían que pagar, se reduciría.

Por otra parte, la superficialidad e inconsistencia del análisis de la Comisión supone implícitamente que al aumentar las tarifas de terminación móvil, todas las redes simultáneamente pueden incrementar el número de suscriptores en sus redes y generar economías en su operación. Esta afirmación implica que un incremento en costos, que debe impactar al alza los precios de los servicios finales, tendrá el efecto de estimular la demanda e incrementar el tamaño del mercado. Esta conclusión es totalmente absurda y contraria a los dictados básicos de la ciencia económica.

Esa autoridad insiste en afirmar que todas las redes móviles se benefician de tener tarifas de terminación móvil elevadas, pues así elevan sus ingresos provenientes de la terminación. Ignora así el hecho de que una mayor tarifa de terminación tiene por efecto incrementar el atractivo de pertenecer a la red más grande frente a los usuarios finales, omitiendo nuevamente esa autoridad analizar la relación entre los mercados de terminación móvil y telefonía móvil, lo que le hace llegar a conclusiones equivocadas. Se debe insistir en que el negocio de los operadores móviles está en los servicios al usuario final. Aunque el servicio de terminación ofrecido pueda generar ingresos, éstos se deben contrastar con las erogaciones por servicios de terminación demandados a otros operadores y el neto entre estas partidas jamás será más importante que los ingresos por la provisión de servicios finales. Por lo tanto, las redes con menor número de usuarios en un contexto de elevada asimetría como es el mexicano, no podrían tener incentivos para mantener elevadas tarifas de terminación, ya que con ello se dificultaría la adquisición de nuevos usuarios finales.

Por otra parte, la Comisión pasa por alto que Iusacell tiene el rol de seguidor en el mercado, precisamente porque carece del poder para influir en las condiciones competitivas del mismo, tanto en referencia al servicio de terminación como en el de telefonía móvil al usuario final.

Iusacell es simple seguidora en el mercado de terminación, pues sería suicida reducir unilateralmente su tarifa en relación con la de Telcel. La razón se encuentra en las repercusiones que tendría esta acción en el mercado del servicio móvil final.

Si Iusacell bajara su tarifa de terminación unilateralmente, entonces Telcel podría ofrecer a sus propios usuarios llamadas ilimitadas o a una tarifa muy reducida a usuarios de mis representadas. Así, los suscriptores de este concesionario, que ya podían comunicarse con el 75% de los suscriptores de telefonía móvil a tarifas on-net que son las más bajas, agregarían los suscriptores de mis representadas a esa comunidad. Así, aunque la base de suscriptores de Iusacell es pequeña, se agregaría a la de Telcel, donde ese operador podría ofrecer a sus clientes el atractivo de comunicarse a bajas tarifas al 79% de los usuarios de telefonía móvil.

En sentido inverso, si ante la disminución unilateral en la tarifa de terminación de mis representadas, Telcel no baja su tarifa de terminación, el resultado sería que los clientes de Telcel podrían llamar a tarifas más bajas a clientes de Iusacell pero los clientes de Iusacell seguirían pagando altas tarifas por llamar a suscriptores de Telcel, quienes representan el 75% de los usuarios de telefonía móvil.

Así, la disminución unilateral de tarifas por parte de mis representadas sólo habría tenido el efecto de mejorar el atractivo de la red de Telcel. Al mismo tiempo se deterioraría la posición competitiva de Iusacell en el mercado de telefonía móvil, pues un usuario podría tener acceso a menores precios a los suscriptores de Iusacell y a los de Telcel suscribiéndose a esta última, por lo que el valor de la red de mis representadas disminuiría para el suscriptor.

Adicionalmente, se habría generado un déficit en los pagos de interconexión hacia y desde Telcel, por la diferencia en tarifas de terminación. En este sentido también es relevante recordar que la producción de servicios de telecomunicaciones presenta economías de escala significativas. Por la gran asimetría en el tamaño de las redes, el costo del servicio de terminación de Telcel debe ser menor que el de Iusacell, por lo que el

deterioro descrito en la posición competitiva ante los consumidores, se añadiría a una desventaja en costos que no podría ser superada al perder capacidad para atraer a un mayor número de suscriptores.

En relación con el acceso a insumos, la Comisión concluye que todos los operadores móviles se encuentran en igualdad de circunstancias, pasando por alto el principal insumo que define el poder sustancial en este caso, que es el acceso a la base de suscriptores de telefonía móvil, el cual es indispensable para poder ofrecer el servicio de terminación. Es indudable que Telcel tiene un acceso privilegiado a esa base, lo que se verifica en su participación en el número de suscriptores, del 70.6%, mientras que Iusacell alcanza sólo el "CONFIDENCIAL POR LEY". Si esa autoridad hubiera analizado este aspecto del acceso a insumos, habría concluido que las recurrentes se encuentran en gran desventaja frente a Telcel, al contar con un acceso más que limitado a la base de usuarios de telefonía móvil.

Los argumentos en estudio resultan fundados y suficientes para modificar el sentido de la Resolución Recurrída en cuanto el estudio realizado en la resolución respecto a la determinación de poder sustancial respecto a Telefónica y Iusacell -hoy AT&T- fue incompleto.

En este sentido, contrario a lo que señaló la Resolución Recurrída, no existen elementos suficientes en el expediente para sostener que las redes de los concesionarios se encuentran en condiciones simétricas una respecto a la otra, ni que todos los concesionarios del SLM cuentan con incentivos y capacidad para fijar la tarifa del servicio relevante por encima del costo incremental de largo plazo. Sin embargo, previo al análisis mediante el cual se arriba a dicha conclusión, conviene realizar ciertas aclaraciones sobre los mercados relevantes definidos en la Resolución Recurrída, esto a efecto de brindar una mayor claridad respecto a las conclusiones a que llegó la CFC.

Aclaraciones previas sobre mercado relevante

En principio, debe considerarse que existe un mercado correspondiente a los servicios relevantes que se prestan en cada red. Esto, considerando que el criterio fundamental incorporado en la LFCE para la determinación del mercado se basa en las posibilidades de sustitución del bien o servicio, "(...) considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución (...) "²⁶⁸ Contrario a lo que sostienen Telefónica²⁶⁹ y AT&T,²⁷⁰ el adquirente del servicio no es el usuario final, sino el

²⁶⁸ Artículo 12, fracción I, de la LFCE.

²⁶⁹ "El concepto estrecho de sustitución que aplica la CFC, si se aplicara congruentemente a la terminación a cada línea de suscriptor móvil, llevaría a la conclusión de que la terminación en cada línea es un mercado relevante, lo cual es absurdo e inmanejable." (Páginas 3 y 4 del escrito de recurso de reconsideración de Telefónica)

²⁷⁰ "Aunque esa H. Comisión afirma haber analizado la sustitución en la oferta, lo hizo de manera equivocada, ya que de manera contraria a lo que afirma esa autoridad, mis representadas sí puede sustituir en el corto plazo la terminación que se ve obligada a demandar a una línea en específico, si logra atraer a ese usuario a su red, portando el número del mismo. Este tipo de análisis es el que se debió haber realizado esa H. Comisión aplicando la lógica que empleó en relación con la sustitución, donde se enfoca en la línea específica. No obstante, esa H. Comisión consideró sin sustento alguno que la base de suscriptores de cada operador era inamovible y estática. Si esa H. Comisión hubiera hecho el análisis señalado, habría llegado a la conclusión de que existe un solo mercado de terminación donde participan todos los operadores móviles (incluyendo a Nextel) y donde la base de suscriptores de cada uno se modifica continuamente por la adición de nuevos usuarios y la transferencia de suscriptores entre redes, mediante la portabilidad de números.

"Mis representadas señalaron a esa H. Comisión que debía considerar que la sustitución en el mercado relevante se da mediante el cambio de operador, circunstancia que con la portabilidad de números se volverá todavía más importante." (Página 25 de la Resolución Recurrída)

concesionario que tiene que cursar una llamada originada en su propia red para su terminación en la red de destino. Tampoco es el usuario final quien tiene control sobre la infraestructura de terminación, sino el concesionario de la red de destino quien constituye el vendedor del servicio. No existe ninguna forma, tecnológica ni comercial, de sustituir la terminación de una llamada en la red de Telefónica o AT&T con infraestructura propia ni con servicios de un tercer concesionario. Los servicios de terminación que ofrece Telcel en su red no pueden sustituir a los servicios ofrecidos por Telefónica ni éstos pueden sustituir a los de AT&T.

Tampoco puede considerarse que la portabilidad constituya una posibilidad de sustitución, pues es contrario al requerimiento explícito en la LFCE sobre la disponibilidad de sustitutos “y el tiempo requerido para tal sustitución.” Además, tal enfoque confunde el mercado del servicio final (SLM) y el mercado de uno de los insumos requeridos para su prestación (servicio de terminación móvil).²⁷¹

A lo largo de la Resolución Recurrída se insiste en que no existe una alternativa tecnológica o comercial para sustituir la infraestructura de la red de destino en la terminación de una llamada off-net. Ello implica una nula elasticidad de sustitución entre la infraestructura y los servicios de terminación de la red de destino y la infraestructura propia y el resto de los insumos usados por la red de origen –es decir, la red de origen no puede sustituir con infraestructura propia a la de la red de destino cuyo uso debe contratar para asegurar la terminación de toda llamada off-net.

Telefónica y AT&T²⁷² sostienen que “... (e)sta afirmación no tiene sustento alguno y contradice lo afirmado por la propia CFC cuando señala que la demanda de terminación es una demanda derivada. La demanda de servicios de terminación se deriva de la demanda de servicios finales (no de la demanda de llamadas off-net, como equivocadamente afirma la CFC), de forma que las elasticidades de ambas están relacionadas, tal como lo establecen las leyes Hicks-Marshall de la demanda derivada.”²⁷³ (Énfasis añadido)

Dicho argumento está viciado, ya que al apelar a las relaciones entre las elasticidades de la demanda final y de la demanda derivada del insumo no distinguen entre, lo que el análisis económico denomina, la demanda condicionada del insumo y la demanda no condicionada:

i) La función de demanda condicionada relaciona los precios relativos de los insumos y un nivel determinado del volumen de producto con la demanda óptima del insumo –la mezcla de insumos que garantiza el menor costo posible para alcanzar un nivel dado de producto.

²⁷¹ La portabilidad no modifica en nada el que la red móvil donadora del número, así como la red móvil receptora sean, respectivamente, las únicas que cuentan con los medios para entregar las llamadas proveniente de otras RPT a sus respectivos usuarios vigentes. Tampoco elimina el que el concesionario de la red en que se origina la llamada tenga que entregar la llamada a la red móvil del usuario con quien el cliente originador eligió comunicarse (en la red receptora del número portado), y por tanto de adquirir el STCRM de ese operador móvil y no de otro (de la red que donó el número), de manera que la demanda del STCRM proporcionado por cada Concesionario SLM continúa siendo perfectamente inelástica para cada uno de los concesionarios adquirentes de dicho servicio, so pena de dejar de comunicar a su cliente y terminar por perderlo. Lo anterior muestra que es irrelevante analizar el impacto de la portabilidad en la demanda de servicios finales de los operadores móviles y del STCRM.” (Página 155 de la Resolución Recurrída)

²⁷² AT&T sostiene el mismo argumento en las páginas 26 y 27 de la resolución recurrída.

²⁷³ Página 4 del escrito de recurso de reconsideración de Telefónica.

La elasticidad de la demanda condicionada es independiente de la elasticidad de la demanda final y refleja exclusivamente las posibilidades técnicas de sustitución.

ii) En cambio, la función de demanda no condicionada de un insumo relaciona los precios relativos de los insumos y el precio del producto final con la demanda del insumo – estableciendo el uso óptimo del insumo en función de los precios relativos y del volumen de oferta que maximiza utilidades. **Es respecto a la demanda no condicionada que aplican las leyes Hicks-Marshall.**²⁷⁴

Las recurrentes no pueden ignorar que la afirmación de la Comisión sobre la inelasticidad de la demanda de terminación se da en el contexto de una situación donde el operador debe terminar una llamada de un cliente ya contratado en la red de otro concesionario, de manera que resulta evidente que lo que la CFC señaló es que la demanda condicionada del insumo terminación es perfectamente inelástica, al no existir posibilidad de sustituir el servicio de terminación con ningún otro insumo –situación fundamental. En este caso, la elasticidad de la demanda condicionada no está determinada por las elasticidades de la demanda final sino solo por las posibilidades de sustitución determinadas por la tecnología. La elasticidad de la demanda no condicionada del servicio de terminación no reflejaría posibilidades de sustitución, sino solo que un posible encarecimiento del servicio deprimaría la demanda de servicios finales lo que a su vez reduciría la demanda del servicio de terminación, reflejando el daño de un precio no competitivo y no las posibilidades de sustitución del servicio. De hecho, es la combinación de una baja elasticidad de sustitución entre insumos y una elevada elasticidad de la demanda del servicio final lo que otorga al abuso de la tarifa de terminación la posibilidad de imponer un elevado daño a las condiciones de competencia. **La empresa que tenga los incentivos para elevar la tarifa de terminación o dificultar su provisión impondrá un elevado costo sobre los demás operadores, los cuales, al reflejarlos en precios, verán restringidas sus oportunidades de crecimiento.**

Insuficiencia de elementos para declarar la existencia de poder sustancial de agentes económicos en condiciones asimétricas.

I. Restricción del abasto.

Si bien la Resolución Recurrída demuestra que cada operador tiene la posibilidad técnica de restringir la oferta, ello no contiene un análisis suficiente para demostrar que Telefónica y AT&T tengan los incentivos y la capacidad de restringir el abasto a otros operadores, especialmente al operador dominante en el mercado de servicios finales.

Tal como lo define Telefónica y según se desprende de los elementos que obran en el Expediente, un operador pequeño (en términos de número de usuarios) no puede rehusarse a ofrecer el servicio de terminación a otros concesionarios, pues hacerlo así implicaría que los otros concesionarios tampoco estuvieran dispuestos a ofrecer este servicio al operador

²⁷⁴ La producción de llamadas fuera de red (Q_{FR}) está sujeta a una tecnología de tipo Leontieff que dependería del monto disponible de infraestructura propia necesaria para originar la llamada y de todos los demás recursos propios (x_1) y del acceso a la infraestructura de la red de destino (x_2). $Q_{FR} = \min\{ax_1, bx_2\}$, donde a y b constituyen coeficientes técnicos que indican la cantidad de x_1 y de x_2 que se requiere para producir una unidad del producto. La función de costos está dada por $c(r_1, r_2, Q_{FR}) = r_1 Q_{FR}/a + r_2 Q_{FR}/b$, donde r_1 y r_2 son los precios aplicables a cada insumo. Es fácil demostrar que, en este caso, la demandas condicional de interconexión está dada por $x_2 = Q_{FR}/b$. En efecto, el teorema de Shepard demuestra que las demandas condicionales de los insumos se derivan de la función de costos. Para constatarlo se puede consultar cualquier texto intermedio de microeconomía. Véase, por ejemplo, Varian, Microeconomic Analysis, Tercera edición. Editorial W. W. Norton.

pequeño. A su vez, la imposibilidad de terminar llamadas en otras redes haría inviable la participación del operador pequeño en el mercado, de modo que el daño que se causaría a sí mismo sería sustantivo. En cambio, si bien esta conducta también causa un daño al operador grande, este daño es de mucha menor magnitud y no pondría en entredicho su viabilidad. Por ejemplo, si un operador tiene al setenta por ciento de los usuarios en el mercado de servicios finales y otro sólo al cinco por ciento de dichos usuarios, no es lo mismo no poder terminar llamadas en setenta de cada cien usuarios que en cinco de cada cien.

La Resolución Recurrída no explica de manera exhaustiva cómo, a pesar de la asimetría, los concesionarios con menos usuarios tendrían la posibilidad de dictar las condiciones al operador de mayor tamaño de servicios finales (en términos de usuarios) ni la ventaja que derivarían de negar el acceso a operadores menores –que contribuyeran a ampliar la posibilidad de comunicación de los propios usuarios de los concesionarios pequeños. Además, en el caso del operador de mayor tamaño las ganancias por ampliar el tráfico son limitadas; en cambio, para los operadores de menor tamaño resulta indispensable ampliar el tráfico para reducir costos unitarios.

II. Fijación de tarifas.

Por otro lado, la Resolución Recurrída no aporta los elementos suficientes para considerar que los concesionarios del SLM se encuentran en una situación simétrica. Lo anterior es así, dado que la diferencia en el tamaño de cada uno de ellos tiene un impacto significativo en la negociación de tarifas y condiciones de acceso a la red de cada operador.²⁷⁵

La negociación de convenios de interconexión entre dos concesionarios implica la determinación simultánea de las tarifas de terminación en cada red. Esta situación implica una dinámica de formación de precios distinta a la de mercados donde el oferente sólo tiene una relación de proveedor de servicios para sus consumidores. El concesionario oferente del servicio relevante requiere un insumo (el acceso a la otra red) que es provisto por el concesionario adquirente. La capacidad para fijar precios en este ambiente depende de la capacidad de negociación que tengan ambas partes, esto es, tanto del oferente como del adquirente.

Si bien el acceso mutuo a las redes representa un beneficio para los concesionarios que firman un acuerdo de interconexión, este beneficio no es necesariamente proporcional. Cuando existe una gran disparidad en el número de usuarios, el beneficio de la interconexión también es desigual. En el caso de las redes más pequeñas (en términos de número de usuarios), el acceso a la red con mayor número de suscriptores resulta vital para la viabilidad de su negocio, por lo que su capacidad de negociación respecto a la red más grande es baja. Por el contrario, el poder de negociación de una red grande es alto en virtud de que el acceso a una red pequeña, aunque valioso, no es vital para la red grande, porque el número de usuarios a los que pueden tener acceso los usuarios de dicha red grande es relativamente bajo.

²⁷⁵ Telcel cuenta con: a) Nueve concesiones para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública de radiotelefonía móvil con tecnología celular en las regiones celulares 1 a 9; y b) Concesión para instalar, operar y explotar una RPT para la prestación del servicio local de telefonía inalámbrica fija o móvil en las regiones PCS 1 a 9. Así, la conclusión sobre el tamaño y cobertura de su red proviene de los mismos títulos de concesión de Telcel.

La LFT previene que los concesionarios de RPT, entre ellas las del SLM, tienen la obligación de acordar libremente las condiciones bajo las cuales se prestará el servicio relevante; no obstante, la elevada diferencia en el número de usuarios entre Telcel, por una parte, y Telefónica y AT&T, por otra, otorga a Telcel un alto poder de negociación en el acceso a su red respecto a los demás concesionarios, situación que no se presenta en sentido inverso.

Si bien los términos “poder de negociación” o “poder compensatorio de la demanda” no aparecen explícitamente en la fracción I del artículo 13 de la LFCE, no por ello se deben ignorar. Dicha fracción establece que “para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante” debe considerarse “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.”

Al respecto, conviene precisar que la unilateralidad a la que se refiere el artículo 13, fracción I, de la LFCE hace referencia precisamente a una capacidad para fijar precios o restringir el abasto en un mercado relevante sin que pueda contrarrestarse de manera efectiva, ya sea como resultado de la existencia de otros competidores en ese mercado o, incluso, a falta de éstos, cuando no existan otras circunstancias que permitan al agente económico en cuestión ejercer ese poder para fijar precios o restringir el abasto.

Lo anterior significa que es posible que un operador enfrente el poder de negociación o poder compensatorio de la demanda del operador más grande, lo que impida al operador de menor tamaño determinar de manera unilateral el nivel de las tarifas de terminación que cobra a terceros Concesionarios de RPTs fijas o móviles, en los acuerdos bilaterales con otros operadores.

El poder de negociación se deriva del tamaño relativo del número de usuarios que es atendido por cada red, de modo que el operador que cuenta con el mayor número de usuarios se encuentra en una posición de ventaja respecto a los operadores que tienen un menor número de usuarios. Ello es resultado del hecho de que entre más usuarios tenga una red, mayor es el beneficio para cada uno de los usuarios que son parte de la misma. Esta ventaja se acrecienta en la medida en que la asimetría en el tamaño de las redes sea mayor, esto es, en la medida en que el número de usuarios atendidos por una red sea considerablemente mayor que el número de usuarios atendidos por otros operadores.

Así, una red con un número muy grande de usuarios tiene un alto poder de negociación cuando compra servicios de terminación a una red con relativamente pocos usuarios, lo que limita a esta última la posibilidad de fijar precios de manera unilateral. En cambio, una red pequeña carece de poder de negociación frente a una red grande.

De esta manera, el poder de negociación es un determinante esencial en la formación de tarifas del servicio relevante.

El poder de negociación de Telcel deriva del hecho de que los CRPTs competidores requieren necesariamente del insumo que ofrece Telcel, pues de otro modo dichos Concesionarios de RPTs carecerían de viabilidad, ya que no podrían mantener su clientela o atraer nuevos clientes si no pudieran terminar las llamadas que sus usuarios quisieran hacer a los usuarios que pertenecen a la red de mayor tamaño. Por ello, los Concesionarios de RPTs de menor tamaño deben aceptar las tarifas de terminación que se acuerden con Telcel, independientemente de que las mismas puedan o no ser superiores al costo incremental promedio de largo plazo

de la provisión del servicio. Los competidores de Telcel, durante las negociaciones, cuentan con fuertes incentivos de aceptar las condiciones que éste fije, pues ellos tienen mayor interés en la posibilidad de interconectarse con la red que cuenta con el mayor número de usuarios, en comparación con el interés que la red más grande pueda tener para interconectarse con las redes con menor número de usuarios. Por ello, los operadores que cuentan con menor número de usuarios deben aceptar términos y condiciones, en los acuerdos bilaterales con Telcel, que pueden ser distintos a los que resultarían de una negociación en ausencia de una asimetría significativa entre redes. No existen elementos suficientes para sostener que una situación igual existe respecto de AT&T o Telefónica.

Así, para el análisis de poder sustancial, conforme a lo establecido en la fracción I del artículo 13 de la LFCE lo que se debe analizar es si existe o no capacidad de fijar precios o restringir el abasto no sólo cuando existen competidores en el mercado sino también independientemente de la existencia de dichos competidores; esto es, un agente económico puede carecer de la capacidad de fijar precios o restringir el abasto cuando existen competidores que, actual o potencialmente, contrarresten dicho poder, pero también puede ocurrir que, aunque no existan competidores, el agente económico tampoco puede fijar precios o restringir el abasto en forma unilateral. Así, puede haber circunstancias bajo las cuales es irrelevante la existencia de competidores en el mercado relevante, dado que, de cualquier forma, el agente económico está impedido de fijar unilateralmente los precios o restringir el abasto.²⁷⁶

Esas circunstancias son precisamente a las que hacen referencia Telefónica y AT&T, al señalar que la determinación de las tarifas de terminación depende del poder de negociación entre concesionarios, el cual, a su vez, depende de las condiciones de competencia que prevalecen en el mercado relacionado del servicio de telefonía a usuarios finales. En particular, Telcel es el agente económico que cuenta con el mayor número de usuarios de telefonía móvil y la mayor participación en ingresos, lo que convierte al servicio de terminación que ofrece Telcel en un insumo esencial para el resto de los operadores; este poder de negociación se fortalece aún más debido a que Telcel pertenece al mismo GIE que Telmex.

²⁷⁶ En la literatura económica se ha discutido ampliamente la posibilidad de que los operadores móviles tengan o no poder monopólico en la determinación de las tarifas de terminación en su red cuando existe un operador con poder compensatorio de la demanda. En particular, Binmore y Harbord (Ken Binmore y David Harbord: "Bargaining Over Fixed-To-Mobile Termination Rates: Countervailing Buyer Power as a Constraint on Monopoly Power"; *Journal of Competition Law and Economics*; 2005) desarrollaron un modelo en donde operadores pequeños de servicio móvil enfrentan un operador con poder compensatorio, lo que impide a los pequeños que puedan ejercer poder sustancial elevando su tarifa de terminación.

Por su parte, Mark Armstrong y Julian Wright (Mobile Call Termination in the UK: A Competitive Bottleneck?"; en Brice Lyons (ed): *Cases in Competition Policy. The Economic Analysis*; Cambridge University Press; 2009) señalan, que la posibilidad de que los operadores con menos suscriptores carezcan de poder sustancial en la terminación de llamadas en su red cuando existe poder compensatorio de la demanda continúa siendo un tema controvertido. En particular, dicho autores muestran que los operadores móviles tienen incentivos diferentes en la determinación de las tarifas de terminación dependiendo de si las llamadas se originan en redes fijas o en otras redes móviles, así como de la presencia o no de poder compensatorio de la demanda (normalmente, por parte del operador fijo).

Las autoridades de países como España y Alemania, han considerado que la existencia de poder compensatorio de la demanda hace innecesaria la regulación específica de la tarifa de todos y cada uno de los operadores móviles (Copenhagen Economics: "Buyer Power in Telecom. SMP Assessment of Termination"; Reporte elaborado para la autoridad de competencia de Suecia, Enero 2008).

La propia Comisión Europea ha señalado que la existencia de poder sustancial y poder compensatorio de la demanda deben analizarse caso por caso (Comisión Europea: "Explanatory Note", Recommendation on Relevant Product and Service Markets within Electronic Communications; 2007). Algunos países europeos también han tenido que admitir consideraciones sobre poder compensatorio de la demanda como resultado de reveses judiciales; es el caso de Reino Unido, Holanda, Irlanda y Finlandia.

Luego entonces, se estima que, no obstante que ha quedado debidamente establecido que cada uno de los AEI tiene una participación de mercado de cien por ciento en el servicio de terminación que ofrece en su red, debido a la inexistencia de opciones técnicas que permitan la terminación de llamadas por otros agentes en la red del operador en cuestión, de ello no se concluye que, necesariamente, todos y cada uno de ellos gozan de poder sustancial, porque pueden enfrentar un alto poder de negociación por parte de los demandantes que les impida fijar sus precios unilateralmente, pues a pesar de no enfrentar competidores en la provisión del servicio de terminación en su propia red son disciplinados por el agente de cuya interconexión depende su viabilidad.

Impacto del GIE Telcel-Telmex

Telefónica y AT&T consideraron que la CFC no analizó el impacto del poder de negociación asimétrico, lo cual resulta fundado, ya que se consideró de manera superficial. La CFC no analizó adecuadamente el poder de negociación y compensatorio de compra de parte del grupo de interés al que pertenecen Telcel y Telmex, ni el hecho de que la determinación de las tarifas de terminación dependen en buena medida del poder de negociación de las partes, mismo que se finca en las condiciones de competencia que prevalecen en el mercado relacionado del servicio de telefonía a usuarios finales y, en particular, en el tamaño de la base y el tipo de usuarios con que cuenta cada uno de los operadores.

Si bien es posible que no exista una negociación conjunta en sentido literal, donde se sienten representantes de Telcel, Telmex y cada uno de los otros concesionarios del SLM para determinar el paquete completo de servicios que se van a adquirir entre todos ellos, el hecho de que Telcel y Telmex sean parte de un mismo GIE implica necesariamente que las decisiones de estas empresas no se tomen de manera aislada, sino que respondan a una lógica corporativa del grupo en su conjunto cuyo objetivo es maximizar sus ganancias económicas. En este sentido, es muy poco probable que las tarifas y condiciones de acceso que Telcel negocie con otros concesionarios del SLM se determinen por parte de Telcel sin tomar en cuenta el impacto que estas decisiones pueden tener sobre el conjunto de las empresas que forman parte del mismo GIE.

Como se evidencia en la evolución observada en las tarifas de los servicios relevantes durante los últimos años, es claro que Telcel nunca ha permitido que las tarifas de terminación sean diferentes a las que determina junto con Telmex.²⁷⁷

Un concesionario, al ofrecer el servicio de terminación de llamadas en su red, generalmente y de manera simultánea negocia la compra del servicio de terminación en la red del operador con quien realiza el acuerdo, y también negocia otros servicios de interconexión. La negociación recíproca del servicio de terminación tiene dos implicaciones: i) el precio en dos mercados que, por naturaleza, son independientes, se determina de manera simultánea, y ii) la asimetría en el tamaño de las redes adquiere un papel sumamente importante. Así, a pesar de que las tarifas entre operadores de móvil a móvil sean recíprocas, Telcel, es quien se beneficia más de las altas tarifas de terminación.

Aunque Telefónica o los demás operadores móviles hayan tenido la intención de mantener o elevar las tarifas de terminación en su red, por encima de las de Telcel, no existen elementos

²⁷⁷ "CONFIDENCIAL POR LEY" (Folio 48412 del Expediente).

suficientes para sostener que hayan podido hacerlo: de una forma u otra el líder en el mercado de telefonía móvil es quien las ha establecido. Cuando trataron de establecer tarifas más altas que las de Telcel, ésta simplemente evitó dicha diferenciación,²⁷⁸ lo cual no es inesperado, pues dada la asimetría en el número de usuarios, el competidor de mayor tamaño siempre se beneficia más de la fijación de una tarifa de terminación superior a los costos con respecto a sus competidores.

En resumen, Telcel no tiene competidores que puedan contrarrestar dicho poder sustancial en el mercado relevante. Asimismo, la significativa participación del GIE Telcel-Telmex en los mercados al menudeo, la asimetría en el tamaño de las redes y las externalidades directas de red, provocan que los operadores o concesionarios con menor número de usuarios tengan una mayor necesidad e interés para interconectarse y terminar llamadas con la red de Telcel, en comparación con la necesidad e interés de Telcel de interconectarse con dichas redes.

CONCLUSIÓN

Derivado del estudio de los agravios hechos valer por Telcel y de los planteados por parte de Telefónica y hoy AT&T, estos últimos en específico en contra del análisis realizado en la Resolución Recurrída acerca del poder de negociación o poder compensatorio de la demanda y la inexistencia de elementos dentro del expediente de origen que demuestren simetría de las redes de las recurrentes y la existencia de incentivos y capacidad para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto del servicio relevante por parte de los concesionarios del SLM distintos de Telcel, este Instituto arribó a las siguientes conclusiones:

- i) Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante que corresponde al servicio de terminación conmutada que presta a los demás concesionarios de servicio local y de larga distancia en el ámbito geográfico cubierto por su red móvil; y
- ii) No existen en Expediente elementos suficientes para determinar que AT&T y Telefónica tengan poder sustancial en su respectivos mercados relevantes, que corresponden a los servicios de terminación conmutada que prestan a los demás concesionarios de servicio local y de larga distancia en el ámbito geográfico cubierto por su redes móviles.

Debe precisarse que en atención a un sentido de coherencia y atendiendo a la necesidad de que las resoluciones a distintos agentes no conlleven sentidos contradictorios, los argumentos que Telefónica y AT&T formularon en forma individual, alcanzan a ambos agentes, en virtud de encontrarse bajo las mismas circunstancias fácticas que motivaron la revocación respecto a cada una de ellas.

En consideración a que los argumentos de Telefónica y AT&T resultaron **fundados y suficientes** para modificar el sentido de la Resolución Recurrída, por tanto esta autoridad considera innecesario entrar al estudio del resto de sus agravios y argumentos, así como los medios de convicción supervenientes aportados, en específico la pericial en materia de economía aportada por hoy AT&T.

Manifestaciones de Telcel sobre los agravios de AT&T y Telefónica.

Por escrito de ocho de febrero de dos mil doce, Telcel formuló manifestaciones respecto los escritos de recurso de Telefónica y AT&T en los siguientes términos:

²⁷⁸ Histórico de las modificaciones que han sufrido las tarifas de terminación en series móviles. Folios 48408 a 48414 del Expediente.

"...tanto en el recurso de reconsideración de IUSACELL como en el de TELEFÓNICA se hacen valer diversos argumentos en contra de la resolución definitiva del expediente DC-007-2007, que en realidad no cumplen con la carga de expresar verdaderos conceptos de agravio, por lo que mi mandante no los consiente.

"Desde luego, son infundados e inatendibles bajo la materia de la litis del expediente DC-007-2007 todos aquellos argumentos que las recurrentes plantean en el sentido de que mi mandante tendría que ser la única de las empresas ahí mencionadas que hubiese tenido que ser declarada con poder sustancial en mercado relevante. Sobre el particular, me remito a las constancias de autos y a los demás escritos presentados por Telcel en el propio expediente.

"Adicionalmente, reitero en sus términos todos aquellos argumentos de defensa hechos valer por mi representada en el recurso de reconsideración que desvirtúan las premisas y afirmaciones de IUSACELL y TELEFÓNICA que, además, acreditan que la declaratoria hecha respecto de Telcel es ilegal."

Por cuanto hace a dichas manifestaciones, éstas resultan inoperantes por manifestaciones genéricas, ya que Telcel no indica por qué no constituyen verdaderos conceptos de agravio, tampoco qué constancias de autos deberían ser consideradas en contra de los argumentos de AT&T y Telefónica, ni mucho menos cómo es que sus argumentos desvirtúan el dicho de dichas recurrentes.

IV. RESOLUTIVOS

Primero.-El argumento formulado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., en la parte final del agravio segundo de su escrito de recurso, ha resultado fundado a efecto de modificar el Anexo 2 de la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once, ello en términos de lo expuesto en el apartado 3.12.4.2 del Considerando Tercero de esta resolución.

Segundo.- Conforme a las consideraciones presentadas en esta resolución, se confirma en sus términos el sentido de la Resolución de veintisiete de octubre de dos mil once y, en consecuencia, la determinación de que Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., detenta 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 del servicio de larga distancia.

Tercero.- Resultan fundados los argumentos formulados por hoy AT&T en los agravios sexto y séptimo de su escrito de recurso, en términos del Considerando Sexto de esta resolución, por lo que se modifica el resolutivo segundo de la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once para efectos de decretar que no existen ni en el Expediente, ni en el Expediente del Recurso, elementos suficientes para declarar la existencia de poder sustancial por parte de AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V.; Grupo AT&T Celular, S. de R.L. de C.V.; AT&T Norte, S. de R.L. de C.V., y AT&T Desarrollo en Comunicaciones de México, S. de R.L. de C.V., 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 del servicio de larga distancia.

Cuarto.- Resultan fundados los argumentos formulados por Telefónica en el segundo agravio de su escrito de recurso, en términos del Considerando Sexto de esta resolución, por lo que se modifica el resolutivo tercero de la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once para efectos de que no existen ni en el Expediente, ni en el Expediente del Recurso, elementos suficientes para declarar que Pegaso PCS, S.A. de C.V., tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en las redes móviles de Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V., Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V., Celular de Telefonía, S.A. de C.V., Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V., y Movitel del Noroeste, S.A. de C.V., a los concesionarios de servicios locales y a los concesionarios del servicio de larga distancia.

Quinto.- Instruir a la Unidad de Asuntos Jurídicos de este Instituto a efecto de que exhiba esta resolución al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, a fin de acreditar el cumplimiento a la sentencia dictada por el mismo Juzgado en el Expediente 575/2012 y confirmada en la Ejecutoria emitida en el amparo en revisión 82/2016 del índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República.

Sexto.- Notifíquese personalmente.

La presente Resolución fue aprobada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XXVI Sesión Ordinaria celebrada el 26 de junio de 2017, en lo general por unanimidad de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar, Adriana Sofia Labardini Inzunza, Mario Germán Fromow Rangel, Adolfo Cuevas Teja, Javier Juárez Mojica y Arturo Robles Rovalo.

En lo particular, el Comisionado Adolfo Cuevas Teja manifestó voto en contra del Resolutivo Segundo, y por lo que hace a los Resolutivos Cuarto y Quinto, voto a favor en lo general.

Lo anterior, con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/260617/356.

El Comisionado Arturo Robles Rovalo, previendo su ausencia justificada a la sesión, emitió su voto razonado por escrito, en términos de los artículos 18 segundo párrafo de la Ley Federal de Competencia Económica; y 8 segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

La Comisionada María Elena Estavillo Flores asistió a la Sesión mediante comunicación electrónica a distancia, en términos de los artículos 45 cuarto párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y 8 tercer párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones; manifestó su impedimento legal para conocer del presente asunto, y el Pleno calificó la 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.