

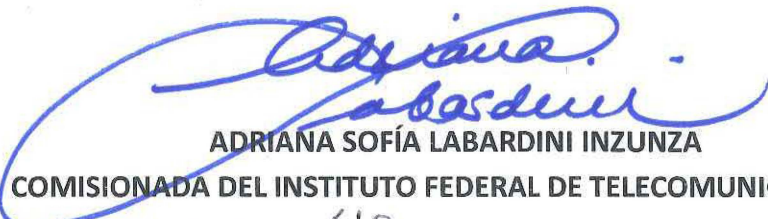
**OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/004/2018**

Ciudad de México, a 11 de enero de 2018.

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
Presente

Por este medio envío a usted, para los efectos conducentes, el engrose del voto particular en contra que formulé oralmente durante la XIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 18 de mayo de 2016, respecto al "ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES EMITE RESOLUCIÓN EN DEFINITIVA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE ALESTRA, S. DE R.L. DE C.V., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EMITIDA MEDIANTE ACUERDO P/EXT/290909/189 DE FECHA VEINTINUEVE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL NUEVE, "RESOLUCIÓN POR EL QUE 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 RADIOMÓVIL DIPSA, S.A. DE C.V.". Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/180516/219.

Atentamente,



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES



**Voto disidente de la Comisionada Adriana Sofía Labardini Inzunza respecto del Acuerdo
P/IFT/180516/219**

En la sesión del 18 de mayo de 2016, voté en contra del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite Resolución en definitiva del recurso administrativo de revisión interpuesto por el representante legal de Alestra, S. de R.L. de C.V. (en adelante, la Recurrente), en contra de la Resolución emitida mediante Acuerdo P/EXT/290909/189 (en adelante, Acuerdo) de fecha veintinueve de septiembre de dos mil nueve, dado que considero que no procedía confirmar el acuerdo impugnado. En particular, el Pleno resolvió que los agravios expuestos por la Recurrente eran infundados y, por ende, no desvirtuaban las consideraciones expuestas en la Resolución anteriormente mencionada.

Lo anterior, en virtud de que el Pleno, en forma mayoritaria, consideró que el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, IFT o Instituto) no era el órgano competente para dirimir las condiciones de interconexión entre la Recurrente y Radiomóvil DIPSA, S.A. de C.V. (en lo sucesivo, Telcel), dado que, a decir de la mayoría, en la Resolución recurrida se encontraba acreditada la existencia de un Convenio de interconexión vigente.

En este sentido, el Pleno del IFT señaló textualmente:

“De lo anterior se advierte que, toda vez que la extinta Comisión sólo tenía atribuciones para determinar condiciones que en materia de interconexión no hayan podido convenir los concesionarios, y al versar la solicitud de Alestra sobre condiciones ya convenidas en el Acuerdo, de la interpretación se concluye que la extinta Comisión no resulta competente para resolver la solicitud de intervención hecha por Alestra, precisamente porque no hay condiciones no convenidas, sino que se está frente a la revisión de un convenio celebrado entre las partes, y que se encontraba vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil diez, lo cual excede el ámbito de competencia de la Comisión en materia de interconexión, por lo que resulta infundado lo argumentado por la Recurrente.”¹

Por el contrario, la Recurrente señala, en su escrito de interposición del recurso de revisión, que el artículo 9-A, fracción X, de la abrogada Ley Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LFT), otorgaba competencia a la Comisión Federal de Telecomunicaciones para determinar las condiciones de interconexión no acordadas entre las partes “en cualquier circunstancia”.²

Asimismo, argumentó que la competencia de la extinta Comisión podía actualizarse en dos casos: a) cuando se solicita la interconexión de redes entre concesionarios y se pretende celebrar por primera vez el convenio de Interconexión respectivo, y no han podido acordarse las condiciones en un plazo de 60 días (previsto en el artículo 42 de la LFT); y b) cuando, una vez celebrado el Convenio de Interconexión, como

¹ Instituto Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo P/IFT/180516/219, aprobado en la XIII Sesión Ordinaria celebrada el 18 de mayo de 2016, p. 22.

² Recurso de revisión interpuesto por Alestra S. de R.L. de C.V. en contra de la Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones número P/EXT/290909/189, p. 11.

parte de las condiciones acordadas, se previera la posibilidad de un cambio material de las circunstancias que permita a una de las partes solicitar la renegociación de las condiciones de interconexión y, en caso de desacuerdo, recurrir a la autoridad competente para la revisión de las condiciones afectadas por el cambio de circunstancias a efecto de que resuelva lo conducente.

En ese sentido, la Recurrente sostiene que este último supuesto se actualiza por medio de la Cláusula 11 del Convenio de Interconexión entre la Recurrente y Telcel celebrado el 15 de diciembre del año 2006. Finalmente, Alestra subraya que se actualizó la hipótesis prevista en dicha cláusula cuando, por medio de una comunicación, solicitó a Telcel el inicio formal de negociaciones a fin de acordar nuevas condiciones de interconexión de la red pública fija de telecomunicaciones entre estas concesionarias, dado el cambio de circunstancias.

Desde mi perspectiva, misma que expondré a continuación, el Instituto tiene la atribución de resolver los desacuerdos de interconexión entre operadores de telecomunicaciones, en cualquier circunstancia; en consecuencia, lo procedente era declarar fundado el agravio expresado por Alestra sobre la competencia del IFT, modificar el Acuerdo materia del recurso de revisión, y entrar a resolver el fondo del asunto.

A continuación, abordaré los siguientes puntos: i) La competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones; ii) la naturaleza del desacuerdo; iii) el *rebus sic stantibus*; y iv) argumentos secundarios que soportan el voto razonado.

1. La competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones

Como mencioné anteriormente, el Instituto tiene atribución para resolver el presente desacuerdo. A decir de la mayoría, con independencia de lo acordado por las partes, la competencia del Instituto emana de los artículos 9 A-X y 42 de la LFT, ley aplicable al presente caso, cuyos preceptos deben interpretarse de manera conjunta, dado que, desde su perspectiva, el artículo 9-A-X de la citada ley establece una norma de competencia material, la que solamente es aplicable con sujeción a los límites establecidos en el artículo 42, por ser este último, una norma de carácter sustantivo. Como se observa a continuación:

*"la Recurrente pretende sostener que la atribución establecida en el artículo 9-A fracción X de la LFT, debe interpretarse de manera independiente y desarticulada del artículo 42 de la misma Ley, lo cual resulta infundado. Lo anterior, dado que el artículo 9-A fracción X de la citada ley establece una norma de competencia material, la que solamente es aplicable con sujeción a los límites establecidos en las normas sustantivas en el caso, el artículo 42 de la LFT."*³

Sin embargo, difiero de la opinión mayoritaria, pues considero que, como argumenta Alestra, las normas aplicables contienen dos supuestos distintos e independientes entre sí. Los artículos citados, a la letra, mencionan lo siguiente:

³ Instituto Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo P/IFT/180516/219, aprobado en la XIII Sesión Ordinaria celebrada el 18 de mayo de 2016, p. 21.

Artículo 9-A. *La Comisión Federal de Telecomunicaciones es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá autonomía plena para dictar sus resoluciones. Para el logro de estos objetivos, corresponde a la citada Comisión el ejercicio de las siguientes atribuciones:*

X. *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;*

Artículo 42. *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.*

Para interpretar los artículos arriba citados es importante, en primer lugar, notar que no existe una remisión expresa de ninguno de ellos, es decir, el 42, en ningún momento establece que el 9 A-X se encuentra sujeto a sus reglas. Por el contrario, parece que se prevén dos supuestos que pueden actualizarse en distintos momentos y en distintas circunstancias, como lo analizaré a continuación.

Por un lado, la competencia del 42 es oficiosa en un caso específico y está sujeta a distintos requisitos de procedibilidad, a saber: 1) que se solicite la interconexión, 2) que se pretenda celebrar **por primera vez** el Convenio de Interconexión y 3) que no hayan podido acordarse las condiciones en un plazo de 60 días. Sin embargo, el 9 A-X no exige los mismos requisitos, sino que sólo exige que haya un desacuerdo que dependa de la voluntad de las partes, que, como ya se señaló es lo que en todo momento se intenta privilegiar (la propia Ley señala que los concesionarios deben plantear sus acuerdos por medio de un convenio). Esto último basándose en que, como cita el artículo 9 A-X, la competencia del Instituto se basa *en promover y vigilar la eficiente interconexión*.

Es decir, el artículo 9 A-X no marca un límite temporal ni para la competencia ni para la formulación del desacuerdo, por lo que se puede deducir que es válidamente aplicable en el momento en el que, una vez celebrado el Convenio de Interconexión, se previera la posibilidad de un cambio sustancial y material de las circunstancias que permita a una de las partes solicitar la renegociación de las condiciones de interconexión y, en caso de desacuerdo, recurra a la autoridad competente para la revisión de las condiciones afectadas por el cambio de circunstancias a efecto de resolver lo conducente, en aras de la eficiente interconexión.

Desde mi perspectiva, el objeto y fin de la disposición del 9 A-X es declarar que la COFETEL (y consecuentemente ahora el Instituto Federal de Telecomunicaciones) es la autoridad técnica competente en materia de interconexión y determinar que es la autoridad encargada de vigilar la eficiente interconexión de los equipos y redes públicas de telecomunicaciones.

Si el Instituto no es competente para revisarlos, se estaría cometiendo un sinsentido, ya que se ocasionaría que los desacuerdos que se presentaran en un momento distinto a la primera negociación fueran revisados por una autoridad judicial no técnica, no especializada en redes de telecomunicaciones y distinta de la que resolvió el desacuerdo original. Por lo mismo, se estaría actuando en contra de la naturaleza continua de los desacuerdos y dando un viraje institucional trascendental que convertiría a los jueces en los hacedores de política regulatoria en materia de interconexión de redes con lo que terminaría la deferencia hoy otorgada al órgano constitucional autónomo especialista en el sector telecomunicaciones.

2. La naturaleza del desacuerdo

Como se mencionó anteriormente, para que surta el supuesto del artículo 9 A-X, es necesario que exista un desacuerdo de interconexión, que dependa, principalmente, de la voluntad de las partes. Así las cosas, para entender la naturaleza del mismo, será necesario desentrañar el significado de acuerdo o convenio. En primer lugar es necesario mencionar que, según el Código Civil Federal (en adelante, CFC), supletorio a la LFT⁴, el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, modificar, extinguir o transmitir obligaciones.

El artículo 1792, a la letra, establece:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

En adición a lo anterior, para hablar de un convenio, es necesario que éste cuente con determinados elementos de existencia, estos son: 1) consentimiento 2) y objeto que pueda ser materia de contrato. Es decir, un acuerdo sólo existe si existe consentimiento y éste último se forma con una oferta y una aceptación en el mismo sentido.

El artículo 1794, textualmente, establece:

"Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

⁴ Artículo 8. A falta de disposición expresa en esta Ley y en sus reglamentos o en los tratados internacionales, se aplicarán:

I. La Ley de Vías Generales de Comunicación;

II. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo;

III. El Código de Comercio;

IV. El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal;

V. El Código Federal de Procedimientos Civiles;

VI. La Ley General de Bienes Nacionales, y

VII. La Ley Federal de Radio y Televisión.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 9-A, fracción X, no requiere de los mismos requisitos de procedibilidad que el 42, pero si requiere de la existencia de un desacuerdo, por lo que es importante determinar cuándo nos encontramos frente a uno.

A *contrario sensu*, los desacuerdos se detectan en el momento en el que se encuentra la falta de alguno de los elementos de existencia ya mencionados, que, en términos prácticos y según los artículos 1803 a 1811⁵ del CFC, se componen de una oferta y se perfecciona con la aceptación (1803-1811). Si falta alguna, no hay acuerdo, por lo que el desacuerdo es igual a la ausencia de un acuerdo de voluntades.

Como mencionamos anteriormente, en efecto, en el presente caso existe un convenio entre las partes por lo que, sólo en circunstancias especiales, sería posible hacer referencia a condiciones de interconexión no convenidas entre las partes, siempre y cuando se respete la voluntad de las mismas. En el presente caso, nos encontramos dentro de esa circunstancia, como lo expondré a continuación.

3. El *rebus sic stantibus*

Como se ha referido, el artículo 9-A, fracción X, de la "LFT" autorizaba a la Comisión Federal de Telecomunicaciones a resolver las condiciones de interconexión no convenidas entre los concesionarios.

⁵ Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1804.- Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.

Artículo 1806.- Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Artículo 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes.

Artículo 1808.- La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación.

Artículo 1809.- Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato.

Artículo 1810.- El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe, modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se registrará por lo dispuesto en los artículos anteriores.

Artículo 1811.- La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

No obstante lo anterior, la mayoría de los integrantes del Pleno del “IFT” coincide en que el único momento en el que se puede dar un desacuerdo es cuando se negocia por primera vez un Convenio de Interconexión, pues, a partir de entonces, habría un acuerdo vigente con obligaciones recíprocas contraídas de conformidad con la voluntad de las partes. Así, se aprobó el texto de la resolución que señala:

“Es importante reiterar que la hipótesis normativa establecida en el artículo 42 de la LFT no se materializa, en el caso concreto, toda vez que entre las partes ya existió un acuerdo bilateral en el que las partes convinieron los términos y tarifas en que habrían de proveerse el servicio de interconexión hasta el año dos mil diez, tal como se demuestra con la existencia del Acuerdo. Empero, lo que realmente pretende plantear Alestra es la necesidad de revisar y/o modificar tarifas, vigencia y/o tasación de tarifas ya convenidas previamente por las partes en el Acuerdo, supuesto que el artículo 42 no prevé y que por lo tanto, la Comisión no puede resolver al tratarse de una hipótesis distinta al citado artículo.”⁶

En ese sentido, el principio *Pacta Sunt Servanda* —que significa que los convenios deben cumplirse de buena fe— se vulneraría si el cumplimiento de los contratos quedara al arbitrio de uno de los contratantes. Así las cosas, desde la perspectiva de la mayoría de los Comisionados integrantes del Pleno, por regla general, no puede surgir un desacuerdo ulterior a la celebración de un Convenio de Interconexión, pues la voluntad de las partes obliga al cumplimiento de las obligaciones en ellos pactadas.

Pero, ¿qué pasa si las partes contratantes deciden prever explícitamente en el Convenio de Interconexión la posibilidad de un cambio material de las circunstancias que permita la renegociación de las condiciones contenidas en el Convenio y, por ende, el posible surgimiento de un nuevo desacuerdo? ¿Cuál es la naturaleza, objetivos y características de una cláusula de este tipo y cuáles son sus efectos? Y lo más importante, ¿la Cláusula 11 del Convenio de Interconexión es un pacto de esta clase?

La teoría de la imprevisión o la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido prolíficamente discutida por la doctrina jurídica, y es la respuesta a los cuestionamientos que he formulado. Cabe aclarar que, aunque no en todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales se le reconoce validez general por ministerio de ley, lo cierto es que esto no obsta para que las partes incorporen la cláusula *rebus sic stantibus* en un convenio conforme al principio de autonomía de la voluntad que prima entre las partes contratantes.

En el sentido más elemental, esta cláusula constituye una excepción al principio *pacta sunt servanda*;⁷ es decir, los acuerdos se deberán cumplir de buena fe salvo que la cláusula *rebus sic stantibus* se actualice. Su objetivo, en términos generales, es restablecer la equidad en la obligación convenida en convenios de tracto sucesivo en ciertos casos en que hay un cambio material de circunstancias.

La cláusula *rebus sic stantibus*, con algunas variaciones de acuerdo a la voluntad de las partes o al sistema jurídico que la prevé, se actualiza en el siguiente supuesto: i) el cambio material o fundamental de las

⁶ Instituto Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo P/IFT/180516/219, aprobado en la XIII Sesión Ordinaria celebrada el 18 de mayo de 2016, p. 25.

⁷ María Leoba Castañeda Rivas, “La imprevisión en los contratos: La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 258 (2012): 205 y 209.

circunstancias o condiciones que constituyen la base esencial del consentimiento, de una forma extraordinaria, excepcional, imprevisible y no atribuible a ninguna de las partes; y ii) que esta variación de circunstancias tenga como efecto el que se modifique radical o esencialmente la obligación, de tal forma que la prestación convenida se convierta en excesivamente onerosa o desproporcional para una de las partes.⁸

Al respecto, los principios contractuales que inspiran la formulación de una cláusula de esta clase son los siguientes:

1. Buena fe.⁹ Por un lado, se presume la buena fe entre las partes, por lo cual el que una parte invoque la cláusula no debe entenderse como la intención de incumplir lo pactado; y, por el otro lado, no puede invocarse por una parte que haya destruido la presunción de buena fe con base en actos contrarios a la misma, tales como caer en mora.
2. Equidad.¹⁰ Todo contrato supone la posibilidad de una pérdida, el cambio de circunstancias y una ganancia mayor para una de las partes. La cláusula *rebus sic stantibus* no se contrapone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, que implica la posibilidad de alguno de obtener mejores resultados que el otro. Sin embargo, habrá ocasiones en que, dada la particular imprevisión del cambio de circunstancias o el profundo menoscabo a una de las partes, el principio de equidad exija la revisión de las obligaciones convenidas. Así, el principio de equidad obliga, en casos excepcionales, a restaurar los contratos conmutativos que han dejado de serlo por virtud de este cambio fundamental de circunstancias.
3. Seguridad jurídica.¹¹ Contrario a como podría pensarse, esta cláusula permite garantizar mayor seguridad jurídica en casos en los cuales hay poca certeza sobre las condiciones futuras que son base de las obligaciones. En primer lugar, su aplicación reviste la característica de excepcionalidad y no puede ser invocada en cualquier caso, sino sólo en aquellos completamente justificados. En segundo lugar, funciona como un “seguro” para los contratantes, que garantiza la equidad en casos extremos e imprevisibles.
4. Preservación del contrato.¹² La forma en que se estipule la cláusula determinará sus efectos. Uno de ellos podría ser que se extinga la obligación cuando se actualice el supuesto de la imprevisión. No obstante, también puede ser una cláusula que procure la preservación del vínculo entre las partes, modificando las obligaciones afectadas, en lugar de tender hacia la rescisión de los contratos.

Por otro lado, el procedimiento para hacer valer esta cláusula igualmente variará de acuerdo a la voluntad de las partes o al sistema legal pero, en general, la hipótesis prevé los siguientes pasos: i) el derecho de la parte interesada de solicitar la revisión de las obligaciones acordadas; ii) la obligación de las partes de renegociar, por un plazo determinado, lo pactado en el convenio; iii) si, al término de dicho plazo no se

⁸ Arturo Alvarado Hernández, “Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho positivo mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, año 6 (1995): 168.

⁹ Bárbara Urrejola Scolari, “Teoría de la Imprevisión” (Universidad de Chile, 2003), 57-66.

¹⁰ *Ibidem*, 90-93.

¹¹ *Ibidem*, 17 y 18.

¹² *Ibidem*, 81-83.

llega a un acuerdo, las partes pueden solicitar a un tercero (un juez, árbitro o autoridad competente) la revisión de las cláusulas del contrato para que se decida si hubo un cambio material de las circunstancias que genere un desequilibrio desproporcional de las obligaciones y, de ser así, se restaure la equidad en las mismas.¹³


Finalmente, los efectos de la restauración de la equidad en el convenio, como se ha referido, puede tener, de acuerdo a cómo se encuentre prevista, los siguientes efectos: i) puede suspenderse el efecto inequitativo del cumplimiento de las obligaciones (incluyendo la suspensión del cumplimiento de las mismas)¹⁴; ii) puede modificarse la prestación o los términos en los que está dispuesta la obligación; y iii) puede extinguirse la obligación y rescindirse el contrato.¹⁵

Así las cosas, el desacuerdo que prevé el artículo 9-A, fracción X, de la "LFT", usualmente surge cuando se negocia por primera vez un convenio de interconexión y no durante su vigencia, puesto que las partes ya se encuentran en ese momento vinculadas a su cumplimiento y la mayoría de los contratos no cuentan con una cláusula que prevea la modificación del acuerdo ante un cambio material de circunstancias. Sin embargo, la cláusula *rebus sic stantibus* permite, ante un cambio material de las circunstancias que torne inequitativas las obligaciones, la revisión de las mismas, ya sea que se trate de contraprestaciones —tales como tarifas a pagar— u otras condiciones de interconexión contenidas en el acuerdo. Si no hay acuerdo entre las partes respecto a la existencia de tal cambio material de circunstancias, o bien respecto de las nuevas condiciones a pactar, entonces se está frente a un desacuerdo — no un incumplimiento—, que actualiza la competencia de la autoridad en materia de telecomunicaciones para resolver las condiciones no convenidas.

Ahora bien, corresponde determinar si la cláusula 11 del Convenio de interconexión entre Alestra y Telcel es una cláusula *rebus sic stantibus*. Dicha cláusula establece:

"Cláusula 11. Cambio material de Circunstancias. Revisión Grado de Cumplimiento.

Independientemente de que las partes se han comprometido una con la otra a respetar los términos y condiciones establecidas en el presente Acuerdo durante toda su vigencia, las partes en este acto reconocen que diferentes factores ajenos a la voluntad de cada una de las partes que no sean resultado de un incumplimiento (directo o indirecto) de los derechos y obligaciones de cada una de ellas bajo los términos del presente Acuerdo, podrían afectar de manera importante los principios (incluyendo sin limitar los económicos) plasmados en el presente Acuerdo, resultando en un cambio material de las circunstancias bajo el cual el Acuerdo fue negociado y suscrito. Ante dichos eventos, las partes se obligan en este acto a negociar de manera expedita y de buena fe términos y condiciones razonables y equivalentes



¹³ Así lo dispone el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 1796 y en el 1796 Bis.

¹⁴ Como lo señala el artículo 62.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Aunque se trata de una norma convencional entre Estados, el supuesto del *rebus sic stantibus* tiene relación con el Derecho Internacional Público desde sus orígenes.

¹⁵ Los supuestos de modificación y resolución del contrato se prevén también en el 1796 Bis. del Código Civil para el Distrito Federal, fracciones I y II.

a los plasmados en el presente Acuerdo a efecto de lograr preservar los principios aquí establecidos durante toda la vigencia del Acuerdo.

En el supuesto de que a pesar de los esfuerzos de las partes por negociar términos y condiciones razonables y equitativas conforme al párrafo anterior, éstos no fueren alcanzados dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha en que alguna de ellas así lo solicite, éstas podrán solicitar a la autoridad competente la revisión de los términos y/o condiciones del Acuerdo o de los Contratos Definitivos, según sea el caso, afectados por el cambio material de circunstancias antes referido, a efecto de que la autoridad competente resuelva lo conducente.

Si como resultado de lo anterior, Alestra solicita a la autoridad competente la revisión y/o determinación de las tarifas, vigencia y/o tasación de la tarifa por el Servicio de Terminación y su tasación a que se refiere la Cláusula 3 (Tarifas y Vigencia, Tasación y Ajuste) continuarán vigentes hasta en tanto la autoridad competente resuelva o determine una nueva tarifa y/o tasación de la tarifa para el Servicio de Terminación. Lo anterior de ninguna manera se puede interpretar como una renuncia tácita o expresa al derecho de Telcel y Alestra a impugnar por cualquier vía, cualquier resolución de cualquier autoridad en relación con las tarifas, vigencia, tasación y ajuste de las tarifas a que se requiere la Cláusula 3 (Tarifas y Vigencia, Tasación y Ajuste) anterior."

En primer lugar, la primera parte de la cláusula observa que se trata de una excepción al cumplimiento del Convenio, tal y como lo es la teoría de la imprevisión. Se señala que: *"Independientemente de que las partes se han comprometido una con la otra a respetar los términos y condiciones establecidas en el presente Acuerdo durante toda su vigencia, las partes en este acto reconocen que diferentes factores ajenos a su voluntad (...) podrían (...) resulta(r) en un cambio material de las circunstancias bajo el cual el acuerdo fue negociado y suscrito"*¹⁶. Por lo que, en efecto, esta cláusula al igual que la teoría de la imprevisión se trata de una excepción al cabal cumplimiento de las obligaciones en los términos dispuestos en un inicio.

En segundo lugar, los supuestos son los mismos que los de la teoría de la imprevisión, ya que la cláusula 11 prevé explícitamente la posibilidad de un cambio material de circunstancias que pueda "afectar de manera importante los principios (incluyendo, sin limitar los económicos) plasmados en el presente Acuerdo" y que esto tenga como efecto la necesidad de ajustar las condiciones de interconexión convenidas conforme a las nuevas circunstancias. Incluso, el mismo título de la cláusula 11 menciona el "cambio material de circunstancias" y la "revisión".

En tercer lugar, los objetivos y principios que inspiran esta cláusula parten de tomar en consideración la variación en las condiciones de interconexión y resolver cualquier desavenencia mediante la negociación y la construcción de nuevos acuerdos y condiciones. Así, se observan los principios de buena fe, equidad, seguridad y preservación del contrato de manera explícita en la cláusula 11, al señalarse que las partes se obligan a "negociar de manera expedita y de **buena fe** los términos y condiciones **razonables y**

¹⁶ "Términos y condiciones de carácter obligatorios acordados entre Radiomóvil DIPSA, S.A. de C.V. (Telcel) y Alestra, S. de R.L. de C.V. (Alestra)", suscrito el 15 de diciembre de 2006, cláusula 11.

equivalentes a los plasmados en el presente Acuerdo a efecto de lograr **preservar los principios** aquí establecidos durante toda la vigencia del Acuerdo”. Por tanto, los principios que inspiran la teoría de la imprevisión son los mismos que los que determinan el objeto y fin de la Cláusula 11.

En cuarto lugar, el procedimiento que prevé la cláusula 11 es uno de los posibles procedimientos posteriores a la actualización de las cláusulas *rebus sic stantibus*. En principio, las partes, Alestra y Telcel, “se obligan (...) a negociar” ante el cambio material de circunstancias; y, en caso de que los acuerdos “no fueren alcanzados dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha en que alguna de ellas así lo solicite, éstas podrán solicitar a la autoridad competente la revisión de los términos y/o condiciones del Acuerdo”. Por lo anterior, la cláusula 11 y la cláusula *rebus sic stantibus* se identifican en el procedimiento.

Por último, la cláusula *rebus sic stantibus* puede tener como efecto la modificación o extinción de las obligaciones en tanto éstas han sido afectadas sustancialmente por el cambio de circunstancias. Por su parte, la cláusula 11 tiene como efecto, o bien la negociación de un nuevo acuerdo celebrado por las mismas partes *motu proprio* en el que prevalezcan los principios del primer acuerdo (sin necesidad de acudir a la autoridad competente); o bien, que el desacuerdo se someta a “la autoridad competente” para que, si es que efectivamente se dio el cambio material de las circunstancias, resuelva lo conducente: i) modificar el acuerdo mediante la determinación de las nuevas condiciones, o ii) ordenar que estas nuevas condiciones se plasmen en un nuevo acuerdo y, por tanto, se extinga el primero. En consecuencia, los efectos de la cláusula 11 son identificables como algunos de los efectos posibles de una cláusula *rebus sic stantibus*.

En conclusión, al revestir la misma naturaleza, objetivos, supuestos, principios que las fundamentan, procedimientos y posibles efectos, es posible concluir que la cláusula 11 del Convenio de Interconexión entre Alestra y Telcel es una cláusula *rebus sic stantibus*.

Aunado a lo anterior, cabe subrayar que no son los Convenios de Interconexión los que dan la competencia al IFT, sino que la competencia (cuya fuente es la Ley) depende de la existencia de un desacuerdo entre los concesionarios. Lo que determina el Convenio de Interconexión es si, durante su vigencia, se puede producir un desacuerdo con motivo de un cambio de circunstancias, como ocurre en este caso, y eso a su vez actualizar la competencia de la autoridad en materia de telecomunicaciones, a fin de revisar el contenido del contrato en aras de proteger el interés público en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, considero que el Instituto tiene competencia para resolver el desacuerdo de interconexión, toda vez que las partes previeron la posibilidad de que se produjera un desacuerdo durante la vigencia del Convenio de Interconexión que fuera producto de un cambio material de circunstancias y, como previeron esta situación excepcional, la actuación del Instituto es imperativa.

Argumentos secundarios que son la razón del voto razonado.

3.1 Suplencia en la argumentación de la resolución impugnada.

De conformidad con el artículo 91 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, ordenamiento que rige el procedimiento del recurso de revisión, la autoridad encargada de dar trámite a un recurso de revisión, tiene solamente cuatro posibilidades: 1) desechar el recurso; 2) confirmar el acto impugnado; 3) declarar la inexistencia, nulidad, anulabilidad o revocar total o parcialmente el acto impugnado; y 4) modificar, ordenar la modificación, dictar u ordenar que se dicte un nuevo acto, cuando el recurso sea total o parcialmente en favor del recurrente.

Dicho artículo, a la letra, señala:

"Artículo 91.- La autoridad encargada de resolver el recurso podrá:

- I. Desecharlo por improcedente o sobreseerlo;*
- II. Confirmar el acto impugnado;*
- III. Declarar la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto impugnado o revocarlo total o parcialmente; y*
- IV. Modificar u ordenar la modificación del acto impugnado o dictar u ordenar expedir uno nuevo que lo sustituya, cuando el recurso interpuesto sea total o parcialmente resuelto a favor del recurrente."*

En la resolución de este recurso de revisión se determinó confirmar el acto impugnado. En ese sentido, no se podía modificar ni la fundamentación ni la motivación de la resolución pues, por un lado, implicaría la actualización de un supuesto que no está contenido en el artículo 91 de la LFPA; y, por otro lado, la modificación del acto impugnado sólo puede tener lugar cuando se declara fundado algún agravio del recurrente, lo cual no sucedió en el presente caso.

En ese sentido, el artículo 92 de la LFPA señala la posibilidad de que la autoridad revisora supla la queja del recurrente en algunos supuestos, pero bajo ninguna circunstancia faculta al órgano revisor a suplir las deficiencias en la argumentación del acto impugnado. Este artículo establece:

"Artículo 92.- La resolución del recurso se fundará en derecho y examinará todos y cada uno de los agravios hechos valer por el recurrente teniendo la autoridad la facultad de invocar hechos notorios; pero, cuando uno de los agravios sea suficiente para desvirtuar la validez del acto impugnado bastará con el examen de dicho punto.

La autoridad, en beneficio del recurrente, podrá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios, así como los demás razonamientos del recurrente, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en el recurso. [...]"

En este caso, se empleó una argumentación distinta a la contenida en el acto impugnado, y fueron empleados fundamentos legales y jurisprudenciales diversos a los del acto impugnado. Finalmente, es necesario aclarar, que la naturaleza del recurso de revisión es el estudio del acto impugnado, a la luz de los argumentos y fundamentos invocados en los agravios por la recurrente. Por ello, el IFT tenía que estudiar la resolución impugnada en los términos en los que se encontraba planteada. Por lo tanto, es incorrecto

que el Instituto supla la deficiente argumentación de la hoy extinta COFETEL, es decir, del acto impugnado en el presente recurso de revisión.

3.2 Suponiendo, sin conceder, que el IFT no es el órgano competente para resolver, es incongruente entrar al fondo del asunto.

El recurso de revisión resuelve que el IFT no es el órgano competente para resolver el desacuerdo de interconexión entre Alestra y Telcel. No obstante, resulta aún más preocupante que la resolución, de cualquier forma, de respuesta a los agravios y estudie el fondo del asunto, incluyendo el análisis de la Cláusula 11, aun cuando ya se había determinado la incompetencia para resolver el desacuerdo de interconexión.

Es un principio general de derecho que es nulo todo lo actuado por autoridad incompetente, la cual sólo tiene facultades para declinar la competencia en favor de la autoridad que sí sea competente, en términos del artículo 42, párrafo dos, de la LFPA.

Por ello, no procedía entrar al análisis del fondo del asunto.

3.3 Se descartan los argumentos sobre la voluntad de las partes y las disposiciones aplicables para la interpretación del convenio de interconexión porque la COFETEL no fue parte de la celebración del convenio.

Alestra solicitaba la interpretación de la LFT que señalaba que la COFETEL resolvería los desacuerdos entre concesionarios; así, la recurrente expone el contrato únicamente un medio probatorio del desacuerdo que detona la competencia legal del Instituto y no como el fundamento mismo de la competencia.

Por su parte, en la página 12, 13 y 19 de la resolución de la que me aparto, se señala incorrectamente que Alestra pedía algo distinto: que el convenio, por sí mismo, daba competencia a la extinta COFETEL para resolver el desacuerdo. Así, la resolución indica que, en virtud de que los acuerdos tienen efectos *inter partes*, un órgano estatal no podría ser facultado por un documento celebrado por particulares sin un fundamento legal. A la letra, se señala:

"En este sentido, la LFT tiene supremacía sobre aquello que las partes hubieren pactado en el convenio que invoca el Recurrente, máxime ya que con base en dicho pacto el Recurrente pretende que se ampliaran las atribuciones de la extinta Comisión, no obstante que las mismas solamente pueden estar previstas en ley o en reglamento. Al respecto cabe invocar el artículo 6 del Código Civil Federal que prevé:

'Artículo 6.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.'

Esto es, no basta con que los particulares expresen su voluntad en el sentido que determinada autoridad, en el caso la extinta Comisión, deba revisar y modificar, acuerdos de interconexión vigentes entre estos, sino que de manera indefectible la extinta Comisión solamente podrá

actuar en los casos que corresponden al ámbito de su competencia, conforme a sus atribuciones previstas en los ordenamientos vigentes, emanados del poder público.

Con base en lo anterior se concluye que resulta improcedente la aplicación de la Cláusula 11 del Acuerdo, puesto que dicho pacto no puede dotar de competencia a la Comisión para intervenir en la revisión y modificación de términos y condiciones en materia de interconexión, vigentes y pactadas en el Acuerdo, contrario a lo considerado por el recurrente.

[...]

Respecto de los artículos antes transcritos [se refiere a los artículos 1796 del Código Civil Federal y 78 del Código de Comercio] sólo se refieren a la forma en que se perfeccionan los contratos, así como la obligatoriedad que implican hacia las partes que convienen, esto es, prevé el principio de relatividad de los contratos. Consecuentemente, dichos artículos al corresponder al marco legal de actos civiles y de comercio no son aplicables a los actos de autoridad de la extinta Comisión, pues conforme a los mismos, lo pactado en un convenio o contrato, sólo es obligatorio para los contratantes, y en el caso la extinta Comisión no fue parte en dicho acto."

No obstante, esta no es una conclusión acertada. Alestra sí señalaba un fundamento legal y manifestaba que la COFETEL tenía competencia, mas no en virtud del contrato directamente, sino porque el artículo 9-A, fracción X de la LFT exigía la existencia de un desacuerdo para que el ente regulador pudiese intervenir.

Por lo tanto, la resolución no dio una respuesta adecuada al agravio, porque no se comprendieron los argumentos vertidos por Alestra; se interpretó inadecuadamente el agravio y, en consecuencia, se brindó una respuesta deficiente que no tenía relación con lo planteado por la recurrente. Esto representa la imposibilidad de decidir conforme a derecho cuando no hay una lectura adecuada de los agravios y, como resultado, se tiene una deficiencia en la motivación de la presente resolución.

3.4 Fundamentación, motivación y valoración de las pruebas de la resolución.

Esto se ve expresado en tres momentos a lo largo de la resolución:

- 1) No son claros los motivos o fundamentos por los cuales se desechan las pruebas ofrecidas por Alestra, particularmente, porque se trata de las documentales que acreditan la existencia del desacuerdo y el inicio (y fracaso) de las negociaciones entre Alestra y Telcel.
- 2) Se señala que la manifestación de Telcel es suficiente para acreditar la inexistencia del desacuerdo. Sin embargo, no se expresan los motivos que llevan a dar tal valor probatorio a la declaración de Telcel. La libre valoración de la prueba no significa la ausencia de un razonamiento para determinar su peso probatorio, conforme al artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Es deficiente el pronunciamiento sobre hechos notorios y la valoración de hechos supervinientes, así como el razonamiento sobre la legislación aplicable y su interpretación. Que se deba aplicar la legislación vigente en el momento en que se emitieron los actos no excluye la posibilidad de aplicar una interpretación que, aunque posterior, se refiere a las mismas disposiciones, las cuales no sufrieron cambio alguno.

Por las consideraciones anteriores, voté en contra del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite Resolución en definitiva del recurso administrativo de revisión interpuesto por el representante legal de Alestra, S. de R.L. de C.V., en contra de la Resolución emitida mediante Acuerdo P/EXT/290909/189 de fecha veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

CIUDAD DE MÉXICO



Adriana Labardini Inzunza
Comisionada