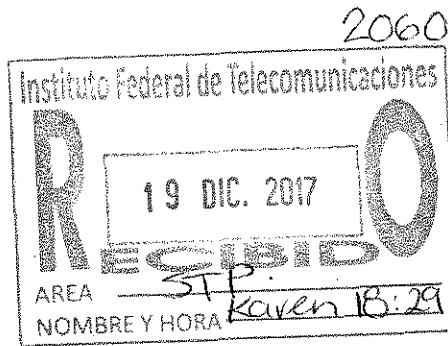




INSTITUTO FEDERAL DE  
TELECOMUNICACIONES

"Año del Centenario de la Promulgación  
de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"



**OFICINA COMISIONADA**  
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/054/2017

Ciudad de México, a 18 de diciembre de 2017

**LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA**  
**SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO**  
**Presente**

En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 18, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica<sup>1</sup> y 8, segundo párrafo, del Estatuto Orgánico del Instituto<sup>2</sup> que prevén la posibilidad de emitir los votos de los Comisionados dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la sesión de Pleno respectiva, misma que en el presente caso tuvo verificativo el día 13 de diciembre del 2017, y dado que estuve ausente durante dicha Sesión con motivo de una comisión internacional a Buenos Aires y Montevideo; a continuación adjunto mi voto razonado respecto al asunto listado bajo el numeral III.2 en dicha Sesión.

Sin más por el momento, reciba un cordial saludo.

**Atentamente,**

**ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA**  
**COMISIONADA**

<sup>1</sup> **Artículo 18 LFCE.** (...) Las deliberaciones del Pleno deberán contar con los votos de todos los Comisionados. Los Comisionados no podrán abstenerse de votar. Los Comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deberán emitir su voto por escrito antes de la sesión o dentro de los cinco días siguientes a la sesión respectiva.

<sup>2</sup> **Artículo 8 Estatuto Orgánico.** Los Comisionados deberán asistir a las sesiones del Pleno, salvo causa justificada. Los Comisionados que prevean su ausencia justificada, deberán emitir su voto razonado por escrito, con al menos veinticuatro horas de anticipación, salvo en los casos sustanciados conforme a la Ley de Competencia, en los cuales los Comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deberán emitir su voto por escrito antes de la sesión o dentro de los cinco días hábiles siguientes a la sesión respectiva.

Ciudad de México a 19 de diciembre del 2017.

**Voto razonado asunto III.2 listado en el Orden del Día de la LIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones llevada a cabo el día 13 de diciembre de 2017.****III.2.- Resolución que emite el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en el Expediente AI/DE-002-2015, para los efectos previstos en el artículo 107, fracción XVI, párrafo segundo *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 18, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica<sup>1</sup> y 8, segundo párrafo, del Estatuto Orgánico del Instituto<sup>2</sup> que prevén la posibilidad de emitir los votos de los Comisionados dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la sesión de Pleno respectiva, misma que en el presente caso tuvo verificativo el día 13 de diciembre del 2017, y dado que estuve ausente durante dicha Sesión con motivo de una comisión internacional a Buenos Aires y Montevideo; a continuación emito mi voto en el asunto al rubro citado.

La resolución que se sometió a nuestra consideración y aprobación, se funda en lo dispuesto en los artículos 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución<sup>3</sup> y 200 de la Ley de Amparo<sup>4</sup>. Esto en virtud de la sentencia dictada en el Recurso de Inconformidad 5/2016, relacionado con el Juicio de Amparo Indirecto en Revisión 8/2013, que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

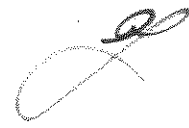
La sentencia que puso fin al recurso de inconformidad 5/2016, dictada por el Segundo Tribunal el 2 de septiembre de 2016, dictaminó que era fundada la inconformidad en cuanto existen elementos para

<sup>1</sup> **Artículo 18 LFCE.** (...) Las deliberaciones del Pleno deberán contar con los votos de todos los Comisionados. Los Comisionados no podrán abstenerse de votar. Los Comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deberán emitir su voto por escrito antes de la sesión o dentro de los cinco días siguientes a la sesión respectiva.

<sup>2</sup> **Artículo 8 Estatuto Orgánico.** Los Comisionados deberán asistir a las sesiones del Pleno, salvo causa justificada. Los Comisionados que prevean su ausencia justificada, deberán emitir su voto razonado por escrito, con al menos veinticuatro horas de anticipación, salvo en los casos sustanciados conforme a la Ley de Competencia, en los cuales los Comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deberán emitir su voto por escrito antes de la sesión o dentro de los cinco días hábiles siguientes a la sesión respectiva.

<sup>3</sup> **Artículo 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución.** Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente **y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

<sup>4</sup> **Artículo 200 de la Ley de Amparo.** Si no hubiere repetición, o si habiéndola, la autoridad no actuó dolosamente y **dejó sin efectos el acto repetitivo antes de la resolución** de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta hará la declaratoria correspondiente y devolverá los autos al órgano judicial que los remitió.



estimar actualizada la repetición del acto reclamado y por ello ordenó remitir los autos a la SCJN.<sup>5</sup> Dicha sentencia señala:<sup>6</sup>

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

*En efecto, el sentido de afectación fue que la autoridad decretó el cierre del expediente sin haberse pronunciado sobre los hechos denunciados, ello, con independencia de que tales hechos fueran coincidentes con los de otra investigación, pues, debió considerar que al tratarse de una práctica monopólica relativa, las quejas denunciadas pudieron haber sufrido un daño o perjuicio del previsto en el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica<sup>14</sup>.*

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

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

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

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

<sup>5</sup> Esto con fundamento en los artículos 199 y 200 de la Ley de Amparo<sup>16</sup>, y punto noveno, segundo párrafo, fracción IV, del Acuerdo General 5/2013, modificado mediante instrumento normativo de nueve de septiembre de dos mil trece. Por ello, los autos fueron enviada a la Segunda Sala de la SCJN, quien radicó la inconformidad con el número de expediente 1386/2016.

<sup>6</sup> Fojas 51 a 55 de la resolución del Recurso de Inconformidad 5/2016

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

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

[...]

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

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

[Énfasis añadido]

En este sentido, la Unidad de Competencia Económica sometió al Pleno del Instituto el proyecto en cuestión, a fin de dejar sin efecto la resolución de marzo de 2016, como lo prevé el artículo 107 fracción XVI segundo párrafo *in fine* de nuestra Constitución y así evitar que los miembros del máximo órgano de gobierno o el Presidente de éste como titulares del IFT, sean separados de sus cargos; y dado que siempre imperó la buena fe, el estricto cumplimiento a la ejecutoria de la sentencia de amparo en revisión de la Segunda Sala, así como la convicción del Pleno del que formo parte, de que dado el principio de *non bis in idem*, reconocido por el artículo 23 constitucional, **no podíamos juzgar, -no sólo sancionar-** dos veces a una persona habiendo triple identidad en hechos, persona y fundamento.<sup>7</sup>

Sin embargo, dada la sentencia dictada en el Recurso de Inconformidad 5/2016, el Segundo Tribunal Colegiado (y con él la Segunda Sala de la Suprema Corte) interpretaron que no podemos sancionar dos veces, **pero sí juzgar dos veces**, y el hecho de que este Pleno no lo haya interpretado así, nos merecería una grave consecuencia jurídica, es decir el que se considere que repetimos un acto reclamado y ante ello, el Tribunal Colegiado remitió el caso de nueva cuenta a la Segunda Sala de la SCJN y ésta después de un año o más retiró su proyecto de la lista respectiva, y dictaminó que sí había repetición de acto y en noviembre del presente año decidió remitir un proyecto en sentido contrario al originalmente proyectado, al Pleno del máximo Tribunal, confirmando la repetición de acto.

Ante ello, el Pleno de este Instituto el pasado día 13 de diciembre, votó el proyecto respectivo cuyos resolutivos a la letra dicen:

---

<sup>7</sup> **Artículo 23 constitucional.** Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. **Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito**, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

**PRIMERO.-** De conformidad con lo analizado en los considerandos Segundo y Cuarto de esta resolución, se deja sin efectos la resolución emitida por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis para los efectos previstos en los artículos 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 200, párrafo tercero, de la Ley de Amparo.

**SEGUNDO.-** De conformidad con el análisis realizado en el Considerando Octavo, numeral 3.2 de esta resolución, se concluye que se acredita la realización de los hechos denunciados entre enero de dos mil siete y diciembre de dos mil diez; y que tales hechos causaron una afectación competitiva o daño a los Denunciados durante su realización, como se señala en mismo Considerando Octavo, numeral 5 de esta resolución.

**TERCERO.-** De conformidad con el análisis realizado en el Considerando Octavo, numeral 3.3 de esta resolución, se determina que los hechos denunciados constituyen una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, pero no es posible imponer una sanción en atención a la actualización del principio non bis in ídem.

[Énfasis añadido]

En este sentido, por medio del presente emito mi voto a favor en lo general, pero en lo particular voto en contra del Resolutivo Segundo por las razones siguientes:

#### I. Cuestión previa

Comparto en términos generales tanto la fundamentación legal (artículos 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución y 200 de la Ley de Amparo) como la motivación del proyecto votado. En especial, comparto que el Instituto, sin dolo alguno, procedió a cumplir cabalmente en los términos referidos por la sentencia de amparo en revisión, a través de la resolución del 17 de marzo de 2016 que emitió el Pleno del IFT; sin embargo, dada la sentencia que pone fin al recurso de inconformidad 5/2016, ahora se emite la presente sentencia con el propósito de evitar una separación del cargo del titular del IFT como autoridad responsable.

Quiero hacer énfasis en la literalidad de los artículos 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución como el 200 de la Ley de Amparo, pues estos sólo piden como requisito –para no separar del cargo- el solo dejar sin efectos el acto repetido:

**Artículo 107, fracción XVI, segundo párrafo *in fine*, de la Constitución.** *Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

**Artículo 200 de la Ley de Amparo.** *Si no hubiere repetición, o si habiéndola, la autoridad no actuó dolosamente y dejó sin efectos el acto repetitivo antes de la resolución de la Suprema*



*Corte de Justicia de la Nación, ésta hará la declaratoria correspondiente y devolverá los autos al órgano judicial que los remitió.*

De esta manera, en un principio, considero que la resolución sólo pudo limitarse a eso: a dejar sin efectos la resolución del 17 de marzo de 2016. En el presente caso, adicionalmente, y tomando en cuenta la sentencia dictada en el Recurso de Inconformidad 5/2016, el proyecto presentado a este Pleno también propone emitir un nuevo acto en aras de la seguridad jurídica y de la máxima diligencia.<sup>8</sup> Sin embargo, por las razones que más adelante expresaré, considero que esto debió ponderarse (para su emisión en un momento posterior), pues el análisis de fondo en el asunto carece de la exhaustividad con la que, en otros casos, este Pleno ha resuelto otras prácticas monopólicas relativas.

## II. Voto en contra respecto al Resolutivo Segundo

### II.1. Sobre el análisis que debió efectuarse en la Resolución sobre el Expediente en concreto

Desde mi punto de vista, lo que interpreta la sentencia del Tribunal Colegiado fue que este Pleno fue omiso en dos aspectos: en i) pronunciarse sobre la acreditación/existencia de los hechos denunciados y ii) sobre la acreditación/existencia de una "afectación competitiva" a los quejosos:

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

[Énfasis añadido]

Esto en el entendido del Tribunal, que aun así era posible aplicar el *non bis in idem*:

*"Lo anterior no quiere decir que la autoridad, si estima que existe identidad de conductas deba o pueda en modo alguno sancionar nuevamente al agente denunciado con violación a los principios de cosa juzgada o *non bis in idem*, pues la conducta exigida por el Máximo Tribunal consistente en pronunciarse sobre si se realizaron los hechos denunciados y si éstos causaron*

<sup>8</sup> DENUNCIA DE REPETICIÓN DEL ACTO RECLAMADO. PARA DECLARARLA SIN MATERIA, BASTA QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE DEJE INSUBSISTENTE EL ACTO DENUNCIADO COMO REITERATIVO DEL RECLAMADO Y EMITA UNO NUEVO, QUEDANDO EXENTO DE ESCRUTINIO EL NUEVO ACTO (LEY DE AMPARO VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013). La denuncia de repetición del acto reclamado prevista en el artículo 108 de la Ley de Amparo abrogada, es un medio de impugnación tendente a evitar el dictado de los mismos vicios del acto declarado inconstitucional. Ahora bien, el Juez o tribunal de amparo que conozca de la denuncia respectiva puede declararla sin materia cuando durante su trámite, o bien, cuando se resuelva la inconformidad respectiva, la autoridad responsable deje **insubsistente el acto denunciado como reiterativo y emita uno nuevo en sustitución**, sin que sea necesario que se analice el nuevo acto, toda vez que los Jueces federales se estarían extralimitando, al estar impedidos para analizarlo ante la falta de promoción expresa, pues en su contra, el quejoso puede hacer valer otros medios de impugnación, como son la queja por exceso o defecto en el cumplimiento, otra denuncia de repetición del acto reclamado o, inclusive, un nuevo juicio de amparo. Jurisprudencia por contradicción de Tesis: P./J. 31/2016 (10a.)

una afectación a los denunciantes, es una cuestión diversa a la relativa a que la propia autoridad ya haya sancionado la conducta con motivo de un procedimiento diverso.”

[Énfasis añadido]

Esto implica un cambio muy importante respecto a en qué etapa del análisis de este caso debemos ubicar la aplicación del principio el *non bis in ídem*. Desde mi perspectiva, el Tribunal Colegiado interpreta que el *non bis in ídem* debe aplicarse al momento de analizar la parte de punibilidad (o sanción), pero no así la imputación de responsabilidad.

Lo que quiere decir con esto es que, para que el IFT concluyera que se actualiza un *non bis in ídem* debió previamente i) analizar las pruebas, ii) ver qué hechos se acreditan con esas pruebas, iii) ver qué tipo administrativo (artículos 10 fracción XI, 11, 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica)<sup>9</sup> se imputaba; y una vez hecho eso ya es posible dilucidar identidad en partes, hechos y fundamento para analizar si hubo cosa juzgada. Es decir, ¿cómo se va a acreditar que hay un *non bis in ídem* (en los términos entendidos por el Tribunal), sin tener por acreditados antes los hechos y la tipicidad de la conducta en este expediente en concreto?

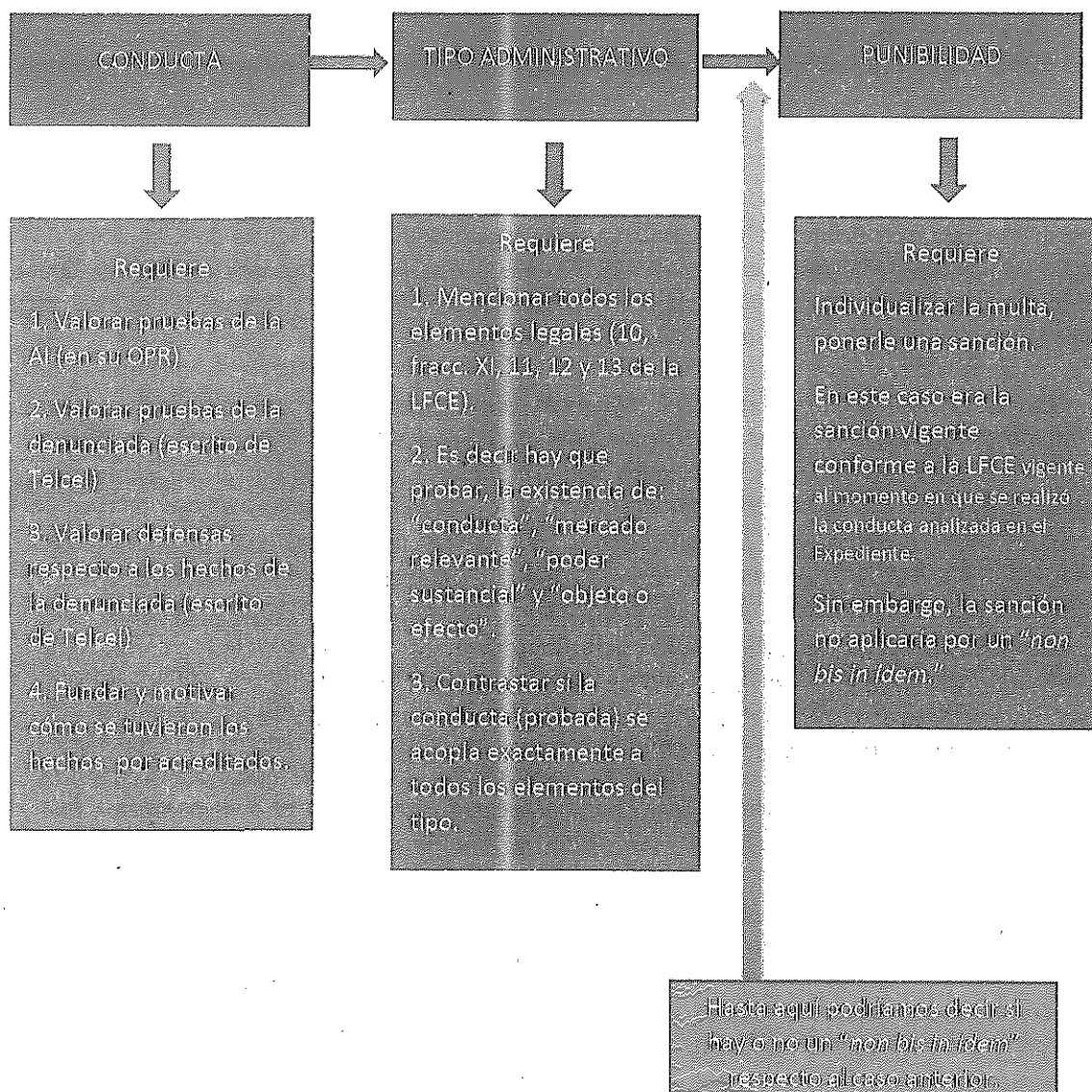
Ahora bien, una vez que se hace todo el análisis de las pruebas, la valoración de las mismas, la conducta, las defensas sobre la conducta y el tipo administrativo de práctica monopólica relativa, el IFT, de encontrar que se actualiza el principio *non bis in ídem* ya no podría sancionar porque previamente la extinta Comisión Federal de Competencia (CFC) se pronunció en el RA-007-2011 sobre la sanción o aceptación de compromisos por los mismos hechos (al efecto, la CFC decidió no sancionar y aceptar los compromisos de la emplazada).<sup>10</sup>

Dicho esto, considero que bajo la interpretación del Tribunal Colegiado, en esta resolución del Pleno lo que procedía hacer es lo siguiente:<sup>11</sup>

<sup>9</sup> A partir de aquí me referiré a la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, reformada mediante Decreto publicado en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, pues era la vigente al momento en que se realizó la conducta analizada en el Expediente.

<sup>10</sup> Resolución de del 30 de abril de dos mil 2012, emitida por el Pleno de la CFC por la que se determinó no imputar responsabilidad a Telcel por haberse acogido al beneficio de terminación anticipada del procedimiento establecido en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.

<sup>11</sup> Ahora bien, no omito expresar que dicha interpretación del Tribunal Colegiado tan acotada del *non bis in ídem* es debatible. Lo que prohíbe el art. 23 constitucional es: “Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.” Por lo que, ¿cuándo se “juzga” desde el elemento de conducta, tipo administrativo o hasta la punibilidad? Aquí sí bien no comparto del todo la interpretación, lo cierto es que la finalidad de este acto es también observar lo dispuesto por el Tribunal Colegiado en la sentencia del recurso de inconformidad.



De este modo, lo que debió hacer el IFT en este caso es:

1. Pronunciarse sobre la acreditación/existencia de los hechos: es decir, valorar las pruebas de este caso, tanto las de la Autoridad Investigadora (en el OPR), las de la denunciante (Bestphone S.A. de C.V., Cablemás, S.A. de C.V., Cablevisión, S.A. de C.V. y Televisión Internacional, S.A. de C.V) y las de la emplazada (Telcel) y ver si se acreditaban los hechos denunciados al tipo previsto en la LFCE.





2. Sobre la acreditación/existencia de daños causados: es decir, si bajo el art. 10 de la LFCE los actos tuvieron por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas

A continuación analizo cómo se abordaron estos temas en la resolución y las deficiencias que identifiqué en este análisis.

## II.II. Respecto al primer elemento: pronunciarse sobre la acreditación/existencia de los hechos

De todas las páginas de la resolución, la única parte en la que se hace un pronunciamiento del pleno IFT (no sólo citando el OPR ni la denuncia) sobre el acreditamiento de hechos y la tipicidad es en 6 párrafos ubicados en las fojas 137 y 138 de la Resolución, que señalan:

*“Esta autoridad concluye que existen elementos en el Expediente que acreditan la existencia de los hechos denunciados consistentes en que Telcel se auto imputó una Tarifa de Terminación menor a la que cobró a los Denunciantes por el servicio de Terminación en su RPT, durante el periodo comprendido de enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez. Lo anterior, tiene soporte probatorio en el diferencial que se advierte de las facturas presentadas por los Denunciantes,<sup>12</sup> los convenios de interconexión registrados por Telcel ante la Cofetel<sup>13</sup> y las metodologías empleadas en el OPR, como se refiere en el numeral 2.2. del considerando Sexto de esta resolución.*

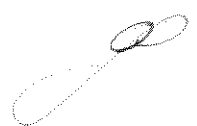
*En la etapa seguida en forma de juicio, Telcel no presenta elementos de convicción que desvirtúen la información contenida en los documentos probatorios referidos y tampoco el análisis contenido en las tres metodologías presentadas en el OPR contenido en el Expediente. Lo anterior aunado a que en la etapa de investigación, a pesar de haber sido requerida expresamente por la autoridad, Telcel no proporcionó información ni documentación que permitiera determinar las tarifas que Telcel se autoimputó en el uso del servicio de Terminación en su RPT.<sup>14</sup>*

*En su respuesta al OPR, Telcel se limita a rechazar que las metodologías sean válidas, sin aportar al procedimiento cifras obtenidas de metodologías y fuentes de información que a su juicio fuesen válidas. Esto es, Telcel no presentó cifras que contrasten con las que se obtuvieron por las metodologías y fuentes utilizadas por el OPR, lo que implica que sus manifestaciones resulten gratuitas.*

<sup>12</sup> Copia de diversas facturas por los servicios de interconexión/Terminación de llamadas de Telcel directamente con Operbes (folios 44546 a 44552, 44623 a 45024, 45030 a 45812 del Expediente), Bestphone (folios 40147 a 44379 del Expediente), Cablemás (folios 943 a 1057 del Expediente) y Cablevisión (1101 a 1103 y 45814 del Expediente), e indirectamente con TVI y Cablevisión (folios 44468 a 45814 del Expediente).

<sup>13</sup> Los Convenios de Interconexión entre: i) Cablevisión y Bestphone se encuentran en Folios 3849 a 5993 del Expediente; ii) Cablemás y Telcel, en Folios 517 a 639, 850 a 882 del Expediente, 11701 a 11962, 31455 a 31520, 31810 a 31943, 34768 a 34830, 49352 a 49413 del Expediente; iii) Cablemás y Bestphone en Folios 4019 a 4601, 4830 a 4888, 11963 a 12045, 12261 a 12500, 16303 a 16381 del Expediente; iv) Cablevisión y Telcel en Folios 7371 a 7455, 30107 a 30187, 49269 a 49351, 49414 a 49471 del Expediente; y v) Telcel y Bestphone en Folios 49133 a 49268 del Expediente.

<sup>14</sup> Folios 47659 a 47671 y 47976 a 48040 del Expediente.



*Con base en los mismos elementos probatorios, se acredita que los hechos denunciados ocurrieron de enero de dos mil siete a diciembre de dos mil diez.*

*Así, queda acreditado que durante este periodo Telcel se autoimputó una Tarifa de Terminación menor a la que cobró a los Denunciantes por el servicio de Terminación en su RPT, lo que tuvo por objeto y/o efecto desplazar indebidamente a agentes económicos que participan en el mercado relacionado del servicio de telefonía fija, entre ellos a los Denunciantes."*

[Énfasis añadido]

Desde mi punto de vista, en estos párrafos no sólo se observa una falta de motivación y fundamentación sobre los hechos y el tipo administrativo imputado al emplazado, sino que se omite la realización un análisis integral que identifique las pruebas, su valoración, los hechos y su tipicidad. Se aprecia también que no es señalado bajo qué ordenamientos y fundamentos se valoran las pruebas, y tampoco son analizadas integralmente las defensas y manifestaciones de Telcel sobre la conducta y la tipicidad. Sólo se analizan las defensas de Telcel relacionados cuestiones procesales, competenciales, y de previo y especial pronunciamiento en los Considerandos Séptimo y Octavo. En contraste, todo el Considerando Sexto se dedica a analizar y resumir lo que se estableció en el OPR.

En pocas palabras, no hay un análisis exhaustivo de cómo es que en el presente expediente (no en el expediente de la extinta CFC) se acreditan los elementos esenciales para analizar una práctica monopólica relativa bajo la LFCE, es decir: i) "conducta", ii) "mercado relevante", iii) "poder sustancial" y iv) "objeto o efecto".<sup>15</sup>

Esto incluso llega a grado tal que, en el momento en que se considera fundado el argumento sobre la aplicación del *non bis in idem*, ya no son analizadas las demás defensas de Telcel relativas a los hechos y la tipicidad, que estaban enfocadas en los artículos 10, fracción XI, 11, 12 y 13 de la LFCE. Deviene necesario señalar que, dentro de las diversas garantías de seguridad jurídica contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, destaca por su primordial importancia, la de audiencia. Esta garantía implica que el afectado tenga la posibilidad de presentar sus defensas a través de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones y de formular las alegaciones correspondientes.<sup>16</sup> En

<sup>15</sup> Esto incluso se aprecia en el Considerando Tercero de la Resolución donde se dice cuál es la naturaleza del presente caso, pero posteriormente llama la atención que no se siga ese estándar de análisis: "Para determinar si hechos específicos realizados por agente(s) económico(s) determinado(s) constituye una conducta prohibida por la LFCE y, por tanto es sancionable, debe acreditarse: (i) que los hechos o actos ocurrieron y que actualizan algún supuesto de los previstos en el artículo 10 de la LFCE; (ii) que los realice un agente económico con poder sustancial en el Mercado Relevante donde los hechos ocurrieron; (iii) que los hechos o actos tengan como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas<sup>15</sup>; y (iv) que los hechos o actos se sujetan al análisis de sus afectaciones netas en el mercado, incluso considerando ganancias en eficiencia".

<sup>16</sup> AUDIENCIA, CÓMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA. 1012296. 1009. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Segunda Parte - TCC Octava Sección - Garantías del inculpado y del reo, Pág. 2359.

este sentido, lo anterior violenta el derecho de audiencia de Telcel, puesto que las consideraciones y las pruebas ofrecidas por Telcel no son analizadas integralmente; cuando que la lógica de un procedimiento como éste (seguido en forma de juicio) es que observen las formalidades esenciales, valorando las manifestaciones de la denunciante y la emplazada, y máxime cuando el resolutivo segundo concluye que sí encuentran fundados y acreditados los hechos denunciados como constitutivos de la práctica monopólica relativa a que se refiere la fracción XI del artículo 10 de la abrogada LFCE.

Asimismo, la página 143 del proyecto de resolución señala:

“En conclusión, como se advierte del análisis realizado respecto de la institución “cosa juzgada” y en atención al principio de derecho non bis in ídem, en virtud de que los hechos denunciados en el Expediente se han acreditado y éstos han sido realizados por Telcel y ya han sido objeto de estudio en una resolución definitiva emitida por el Pleno de la CFC, el Instituto como autoridad sustituta se encuentra imposibilitada para sancionar la conducta imputada en el Expediente.

Asimismo, toda vez que el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de telefonía fija ya fue restaurado de conformidad con lo resuelto por este Instituto en el expediente RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto), el bien jurídico tutelado por la LFCE se encuentra protegido.

Finalmente, ante lo fundado y suficiente del presente argumento, resulta innecesario que esta autoridad entre al análisis del resto de las manifestaciones expuestas por la emplazada, sirven de sustento los siguientes criterios (...)

[Énfasis añadido]

Por ende, lo que debió hacerse es seguir la ruta integral del análisis de pruebas, hechos, tipicidad, etc. como se hace en otras resoluciones para poder llegar a la conclusión a la que arriba el resolutivo segundo.

Para poner esta resolución en contexto, basta con observar otras resoluciones sobre prácticas monopólicas relativas emitidas por el Instituto. En este sentido, en varias resoluciones se aprecia la existencia de considerandos destinados exclusivamente al análisis de los elementos en comento. Por ejemplo, en la Resolución del Expediente E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0001/2013 se encuentra un Considerando denominado “SEXTO. Valoración de las pruebas de los agentes económicos”. También se encuentra uno denominado “OCTAVO. Acreditación de la conducta” y que contiene estos numerales: 1.1. Mercado Relevante; 1.2. Poder sustancial de mercado; 1.3. Conducta; 1.4 Duración de la Práctica; 1.5 Objeto y Efecto de la Conducta, etc.<sup>17</sup> Al respecto, considero que se debió realizar un análisis exhaustivo como el efectuado en dicho caso.

<sup>17</sup> Acuerdo P/IFT/EXT/150814/95 que resolvió el Expediente E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0001/2013, véase: <http://apps.ift.org.mx/publicdata/Version Publica P IFT EXT 150814 195.pdf>

Cabe indicar que, si bien en el Considerando Sexto de la resolución se exponen los elementos que contiene el OPR; no obstante el proyecto omite contrastar los elementos del OPR con lo que Telcel manifiesta en sus defensas, lo cual atenta contra el derecho de audiencia y debido proceso y con la lógica de seguir un procedimiento en forma de juicio, donde el Pleno debe valorar ambos argumentos exhaustivamente.

### **II.III. Respecto al segundo elemento: la acreditación/existencia de daños causados o “afectación competitiva a los denunciantes y quejosos”**

En este caso, no comparto que el pronunciamiento sobre esta materia se haya hecho por el Instituto en relación exclusivamente a lo anteriormente resuelto por la CFC. Desde mi perspectiva, el Tribunal Colegiado no pidió que interpretáramos la sentencia del RA-007-2011 de la extinta CFC para revisar si ellos identificaron daños; por el contrario, el Pleno tendría que haber analizado los hechos de “este caso” y de “este expediente”, decidir por sí mismo y ver si los daños a la competencia se acreditaban.

Es decir, en esta resolución tenemos que pronunciarnos de fondo sobre lo que obra en el expediente y no sobre lo que obra en otros. Para esos otros casos, es posible adoptar otras vías, como “aclaración de sentencia” o “confirmación de criterio”.

Al efecto, la resolución que aquí estoy votando señala:

*“En esta resolución el Pleno del Instituto determina que los hechos denunciados en el Expediente guardan identidad con los hechos analizados en el procedimiento sustanciado en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (E-IFT/UC/RR/0003/2013 del índice de este Instituto). Por tal razón, a los hechos denunciados en el Expediente les corresponden los mismos alcances atribuidos en la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once.”*

*Esto es, respecto de los hechos denunciados en el Expediente, los Denunciantes sufrieron una afectación competitiva o daño en el mercado relacionado de la prestación del servicio de telefonía fija a los usuarios finales, para el cual la contratación del servicio de Terminación en la RPT de Telcel es un insumo.*

*Si bien esta autoridad no puede sancionar los hechos denunciados en el Expediente, sí corresponde señalar que tales hechos existen y que son plenamente coincidentes con los declarados constitutivos de una práctica monopólica relativa prevista en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE, en términos de la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once.*

*Por lo anterior, debe entenderse que los Denunciantes, respecto de los hechos denunciados cuya existencia se acredita en el Expediente, han sufrido de una afectación competitiva o daño en los siguientes términos:*

*a) En el expediente DE-037-2006 y acumulados se identificó que los hechos constituyeron una práctica monopólica relativa, prohibida por la LFCE, que produce el objeto y efecto de desplazar indebidamente a terceros concesionarios de RPT fijas y móviles que compiten con Telmex y Telcel y otorga ventajas exclusivas a favor del Telcel y el GETTT.*



*b) De acuerdo con la resolución del Pleno de la CFC de fecha siete de abril de dos mil once, tal afectación o daño competitivo fue resultado de que Telcel incrementó las tarifas de Terminación en su red, lo que a su vez incrementó los costos y redujo los márgenes de ganancia de los Denunciantes y otros competidores en la provisión de los servicios de telefonía fija a usuarios finales.*

*Esta conducta provocó que los competidores del GETTT, para poder competir con ese Grupo de Interés Económico, tuvieran que: i) establecer precios por los STL fijos y móviles con terminación en la RPT de Telcel que les permitieran recuperar sus costos y, en consecuencia, enfrentar una reducción en la demanda por sus STL; o ii) establecer precios por los STL fijos y móviles con terminación en la RPT de Telcel comparables con los que Telcel ofrece en los STL móvil y, al hacerlo, asumir pérdidas en la prestación de sus STL fijos y móviles.*

*Así, a partir de la afectación competitiva o daño al proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados, atribuible a los hechos denunciados, los Denunciantes o cualquier otro agente económico participante en los mercados relacionados podrían, por vía y ante autoridad diversas (la judicial) reclamar daños y perjuicios en términos de la LFCE (condición que subsistió en reformas posteriores a la Ley Federal de Competencia Económica y la ley vigente), como se señala en el Considerando Tercero de la presente resolución."*

[Énfasis añadido]

De la transcripción anterior, por una parte, puede observarse que la resolución pierde congruencia al señalar que por haber identificado los mismos hechos, corresponden las mismas consecuencias jurídicas; cuando que el principio *non bis in ídem* requiere de triple identidad, no sólo de hechos y persona, sino de "fundamento", en pocas palabras, de tipicidad. Por otra parte, lo cierto es que en vez de analizar las pruebas y determinar los hechos que llevaran a identificar daños a la competencia en el presente caso, la resolución se limitó a hacer referencias a lo resuelto en otro expediente por parte de la CFC.

Por último cabe indicar que sí acompaño el Resolutivo Tercero, si bien en consistencia con estas consideraciones podría decirse que estoy en contra de lo señalado al principio de dicho resolutivo (al señalar que se determina que los hechos denunciados constituyen una práctica monopólica relativa), lo cierto es que el objeto de dicho resolutivo es señalar que no se puede imponer una sanción en virtud del principio *non bis in ídem*. Sin embargo voto a favor en el entendido que el Tribunal fue muy claro en indicar que el *non bis in ídem* podía actualizarse en el presente caso y que concretamente se traducía en no volver a sancionar; y que esto no era la materia por la que se consideraba que había una repetición de acto reclamado, sino precisamente la falta de pronunciamiento respecto a los puntos expuestos anteriormente.

### III. Conclusiones

En el presente caso, ninguna autoridad nos está obligando a nada; sino que dejamos sin efectos nuestra Resolución de marzo de 2016 con motivo de la Sentencia del Tribunal Colegiado en el recurso de inconformidad ya citado. Esto con tal de que, de ser el caso, no se procediera a la separación del cargo. Desde mi punto de vista, si bien dejamos sin efecto la resolución inicial del Pleno del Instituto; lo cierto es que el análisis de fondo de esta nueva resolución y que se vierte como conclusión en el Resolutivo Segundo, carece de exhaustividad.



Bajo la interpretación del principio *non bis in ídem* (el cual desde el punto de vista del Tribunal parece constituirse sólo en un “no sancionar” más que un “no juzgar”) y de las consideraciones realizadas por el Tribunal, teníamos que hacer un análisis completo de cómo se acreditan los elementos esenciales de la práctica monopólica relativa imputada bajo la LFCE, es decir: i) “conducta”, ii) “mercado relevante”, iii) “poder sustancial” y iv) “objeto o efecto”. De modo que esto implicaba realizar un análisis integral de todos estos elementos. Una vez hecho esto, podríamos decir si, en efecto, existe identidad en hechos, personas y fundamento, es decir, si se actualiza un *non bis in ídem*.

Sin embargo, en el presente caso dicho análisis no es exhaustivo. Incluso, no se analizan todas las defensas de Telcel sobre estos aspectos, puesto que se considera que la acreditación del *non bis in ídem* es suficiente para no realizar un análisis de las defensas restantes. De este modo, la resolución utiliza el principio de *non bis in ídem* como una defensa de previo y especial pronunciamiento, cuando que es todo lo contrario: es una defensa frente a la sanción, misma que debe ser analizada al momento de la imposición de la sanción (dada la interpretación del Tribunal).

No descarto la posibilidad de que, en efecto, en el presente caso sí se haya elementos en este expediente que acrediten los hechos denunciados y que se haya actualizado un daño; sin embargo, no puedo acompañarla dado que hay un análisis deficiente en la resolución a ser votada. Mejor se surtiría la justicia si sólo se deja sin efectos el acto y, posteriormente, se dicta una sentencia sobre el fondo del asunto analizando cabalmente todos estos elementos bajo las constancias que obran en este expediente. Es decir, de nada sirve emitir un nuevo acto si éste va a carecer de un análisis integral de los elementos del expediente y si va a violentar por ello el derecho de audiencia de la emplazada. Tampoco creo que sea necesario remitirse a las conclusiones de la CFC en el expediente referido, pues, bajo la lógica que estamos en un expediente diverso (y no uno acumulado) debería haber un análisis de fondo independiente por parte del IFT.

Por lo anteriormente expuesto, emito mi voto a favor de lo general, pero en lo particular voto en contra del Resolutivo Segundo.



Adriana Sofía Labardini Inzunza

Comisionada