



IFT/100/PLENO/OC-ACT/0047/2018
Ciudad de México, a 15 de octubre de 2018.

David Gorra Flota
Secretario Técnico del Pleno
Presente.

Por instrucciones del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, y para los efectos conducentes, remito a la Secretaría Técnica del Pleno a su digno cargo, el documento que contiene el voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del **“Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley”**; correspondiente al numeral III.3, del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016, mismo que consta de 16 fojas útiles.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

Atentamente,

Javier Adrián Arriaga Aguayo
Director General

C. c. p. - Mtro. Adolfo Cuevas Teja. - Comisionado en el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Para su superior conocimiento. Presente.

Insurgentes sur 1143,
Col. Nochebuena, C.P. 03720
Delegación Benito Juárez,
Ciudad de México,
Tels. (55) 5015 4000

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

Ciudad de México, a 15 de octubre de 2018

Tal como lo señalé durante la sesión de Pleno precisada al rubro, fue mi convicción votar en contra de la resolución por lo que hace a decretar el cierre del expediente AI/DE-002-2015, toda vez que, en opinión del suscrito, no hay una ocurrencia exacta del principio *non bis in idem*.

Lo anterior, de conformidad con los razonamientos que se desarrollan en el presente documento.

ANTECEDENTES

1. El 16 de marzo de 2010, 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. (en adelante, LOS DENUNCIANTES), presentaron un escrito de denuncia en contra de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V. (TELCEL, TELMEX y TELNOR, respectivamente; en su conjunto, LOS DENUNCIADOS), por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracciones V, X y XI de la Ley Federal de Competencia Económica¹ (en adelante LFCE). La denuncia fue radicada en el expediente número DE-007-2010 del índice de la Comisión Federal de Competencia (en adelante, CFC);
2. El 9 de abril de 2010, el Secretario Ejecutivo de la CFC emitió acuerdo mediante el cual desechó el escrito presentado por LOS DENUNCIANTES por considerar que actualizaba la causal prevista en la fracción IV, del artículo 31 del Reglamento de la LFCE². Lo anterior, toda vez que, al momento de recibir el escrito de denuncia, existía un procedimiento pendiente de resolverse y cuyos hechos y condiciones consideró semejantes a los analizados en el expediente DE-037-2006 y acumulados;
3. Previa interposición del recurso de reconsideración correspondiente, el 19 de agosto de 2010, el Pleno de la CFC emitió la resolución dentro del expediente RA-081-2010, mediante la cual ordenó revocar el acuerdo de desechamiento dictado por el Secretario Ejecutivo dentro del expediente DE-007-2010 del índice de la CFC, a efecto de emitir un

¹ La ley aplicable al momento de la denuncia es la publicada en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF) el 24 de diciembre de 1992, reformada mediante decretos de 23 de enero de 1998 y de 28 de junio de 2006.

² Publicado en el DOF el 12 de octubre de 2007.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

nuevo acuerdo en el que, de no existir otra causal de improcedencia, se admitiera a trámite la denuncia presentada por los entonces recurrentes;

4. El 25 de octubre de 2010, el Secretario Ejecutivo admitió a trámite el escrito de Los DENUNCIANTES y emitió el acuerdo de inicio de la investigación, cuyo extracto se publicó en el DOF el 10 de noviembre de 2010. El 21 de mayo de 2013 se tuvo por concluida la investigación;
5. El 3 de junio de 2013, el Pleno de la CFC emitió la Resolución, mediante la cual resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

*"PRIMERO. Con fundamento en el artículo 24 fracciones I y VI de la LFCE, se decreta el cierre del expediente en que se actúa dado que mediante la [Resolución RA-007-2011], el proceso de competencia y libre concurrencia ha sido restaurado y/o protegido respecto de los servicios de terminación de llamadas en la RPT de [Telcel], que son los mismos servicios involucrados en los hechos investigados dentro del expediente en que se actúa."*³

6. El 22 de agosto de 2013, LOS DENUNCIANTES interpusieron demanda de amparo indirecto en contra de dicha Resolución, a la cual recayó sentencia del Juez de Distrito negándoles el amparo y protección de la Justicia Federal;
7. En contra de la sentencia referida en el antecedente previo, LOS DENUNCIANTES interpusieron recurso de revisión constitucional que, por acuerdo de 9 de junio de 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN): asumió la competencia originaria para conocer el asunto, lo registró con el número 413/2014 y lo turnó a la Segunda Sala del Máximo Tribunal;
8. Mediante resolución de 6 de mayo de 2015 la SCJN dictó ejecutoria respecto del expediente 413/2014 revocando la sentencia recurrida y concediendo al amparo y protección de la Justicia Federal a los quejosos, en los términos siguientes:

"PRIMERO. Se revoca la sentencia recurrida.

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

³ Folio 52084 del Expediente.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

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

9. El 25 de mayo de 2015, el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones notificó la Ejecutoria al IFT en su carácter de autoridad sustituta, por lo que, en vías de dar cumplimiento a la misma, el 1 de junio de 2015, el Titular de la Autoridad Investigadora del IFT emitió el acuerdo mediante el cual ordenó radicar el expediente DE-007-2010 del índice de la CFC, bajo el número de expediente AI/DE-002-2015 del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante IFT o INSTITUTO);
10. El 3 de junio de 2015, el Pleno del INSTITUTO emitió resolución en cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala de la SCJN en la Ejecutoria, mediante la cual dejó insubsistente la Resolución de 3 de junio de 2013 emitida por el Pleno de la CFC que resolvió el cierre del expediente DE-007-2010 y devolvió el Expediente a la Autoridad Investigadora del IFT a efecto de que, en el ámbito de sus facultades, actuara en estricto cumplimiento a lo dispuesto por el Poder Judicial de la Federación;
11. El 11 de agosto de 2015, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió el Oficio de Probable Responsabilidad (OPR), el cual fue notificado por instructivo a TELCEL el 13 de agosto de 2015;
12. Por acuerdo de fecha 8 de septiembre de 2015, el Juez del conocimiento tuvo por cumplida la ejecutoria dictada por la Segunda Sala de la SCJN;
13. En contra del acuerdo citado en el numeral anterior, TELCEL interpuso recurso de inconformidad admitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones el 22 de octubre de 2015, con número de expediente número 5/2015, que fue resuelto el 26 de noviembre de 2015 en el sentido siguiente:

“ÚNICO. Es infundada la inconformidad a que este expediente corresponde.”, y
14. El 25 de septiembre de 2015, TELCEL presentó su escrito de contestación al OPR y, después de desarrollado y concluido el procedimiento seguido en forma de juicio sustanciado por la Unidad de Competencia Económica (en adelante, UCE) de este IFT, el Pleno del IFT emitió el 17 de marzo de 2016 la “Resolución mediante la cual el Pleno

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada Ley” con número P/IFT/170316/100 (en adelante, LA RESOLUCIÓN) en la cual se determinó lo siguiente:

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

SEGUNDO. - Notifíquese personalmente”.

CONSIDERACIONES

1.- Naturaleza del Procedimiento de Investigación y del seguido en forma de juicio

Conforme al artículo 2 de la LFCE, el objeto de la misma es:

“**Artículo 2o.** Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. [...]”

[Énfasis añadido]

Para lograr el objetivo señalado, la LFCE contempla, entre otros procedimientos en materia de competencia económica, el de investigación y el procedimiento seguido en forma de juicio, en los cuales, el segundo iniciará solamente en el caso de que la Autoridad Investigadora emita un OPR.

En el Considerando Segundo de LA RESOLUCIÓN se señala la naturaleza del procedimiento de investigación y del seguido en forma de juicio, conforme a lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 2 de la LFCE, la LFCE es una norma de interés público y su objeto consiste en la protección en la protección del proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de los monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. De esta manera, el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas previsto en los artículos 30 y 33 de la LFCE, tiene la misma naturaleza de

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

*la ley y su fin es el de valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar si la práctica cometida por algún agente económico irroga afectación a la libre competencia y, desde luego, si impide el funcionamiento eficiente de los mercados, por el abuso del agente económico con poder sustancial, y **de ninguna forma se puede considerar que dicho procedimiento tiene o puede tener por objeto dirimir una controversia entre particulares** en la que predominen los intereses de alguno de ellos y que derivado de dicha circunstancia se puedan exigir recursos y defensas propios de un procedimiento civil.”*

[Énfasis añadido]

Ahora bien, para que la Autoridad Investigadora inicie un procedimiento de investigación, es necesario contar con una causa objetiva, entendiendo ésta como cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas; para lo cual, el artículo 32 de la LFCE establece que, en caso de prácticas monopólicas relativas, el denunciante deberá incluir los conceptos que demuestren que ha sufrido que presumiblemente pueda sufrir un daño o perjuicio, de la siguiente manera:

“Artículo 32. [...]

***En el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones, el denunciante deberá incluir los elementos que puedan configurar la conducta que se estime violatoria de la Ley y, en su caso, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o que permitan presumir que puede sufrir un daño o perjuicio.** [...]*

[Énfasis añadido]

Al respecto, LA RESOLUCIÓN resalta lo anterior conforme a lo siguiente:

*“Si bien el artículo 32 de la LFCE establece que, en el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones prohibidas, el denunciante deberá expresar los elementos que puedan configurar la conducta que estime violatoria de dicha ley y, **en su caso, los hechos que reflejen el daño o perjuicio sufrido o que pueda sufrir**, ello no implica que el procedimiento seguido en forma de juicio contemplado en la LFCE sea la vía para reclamarlos.”*

[...]

(ii) Las investigaciones en materia de competencia económica requieren de una causa objetiva para accionar el inicio del procedimiento. En ese sentido, el artículo 32 de la LFCE establece que el denunciante de prácticas monopólicas relativas **deberá incluir los elementos, que en su caso demuestren que ha sufrido o que permitan presumir**

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

que puede sufrir un daño o perjuicio. Ello únicamente tiene por objeto dotar de una causa objetiva para iniciar el procedimiento. Esta causa objetiva, en modo alguno implica que la autoridad en materia de competencia económica se constituya en una autoridad que dirima controversias entre particulares o que se encuentre obligada a cuantificar los daños y perjuicios que, en su caso, se hubiesen demostrado. **Las disputas entre particulares, así como la reclamación de los posibles daños o perjuicios no son materia de la LFCE y se deben tramitar por vías y ante autoridades diversas.**"

[Énfasis añadido]

Es importante precisar que, en cuanto a la naturaleza de los procedimientos señalados para restaurar el proceso de competencia y libre concurrencia, se coincide en lo general con lo manifestado por LA RESOLUCIÓN, pues sin duda alguna el objeto de la LFCE y del proceso de investigación y del seguido en forma de juicio, es, como ya se señaló, el de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la eliminación de prácticas monopólicas, entre otras conductas anticompetitivas, por lo que resulta que ambos procedimientos no tienen la finalidad de dirimir controversias entre particulares.

Por otro lado, en términos de la legislación en materia de competencia vigente al momento de los hechos, los daños y perjuicios producidos al agente económico denunciante dotaba de causa objetiva a la autoridad para iniciar la investigación correspondiente.

No obstante que el artículo 33 bis 2 de la LFCE señala que, en caso de imputar responsabilidad a algún agente económico por la comisión de prácticas monopólicas relativas y/o concentraciones ilícitas, se pueden reclamar los daños y perjuicios independientemente de la sanción que el regulador imponga, teniendo en consideración que ante el mismo regulador no es la vía correcta ni idónea para el reclamo (cuantificación y pago) de daños y perjuicios. Lo anterior conforme a lo siguiente:

"Artículo 33 bis 2.

[...]

*En este supuesto, la Comisión podrá cerrar el expediente sin imputar responsabilidad alguna; o bien, podrá imputar responsabilidad e imponer una multa de hasta por la mitad de la que correspondería en términos del artículo 35 **sin perjuicio de que se le reclamen los daños y perjuicios.** [...]"*

[Énfasis añadido]

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

2.- Alcance de la interpretación judicial

Mediante ejecutoria de fecha 6 de mayo de 2015 la Segunda Sala de la SCJN resolvió el recurso de revisión constitucional que se precisa en el antecedente 7 de este voto, en la cual fue revelado el tamiz jurídico bajo el cual dicho órgano de control constitucional analizó la circunstancia de que los hechos expuestos por LOS DENUNCIANTES corresponden con los del expediente DE-37-2006 y acumulados de conformidad con lo siguiente:

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

El artículo 10 de la LFCE señala que una práctica monopólica relativa aquella que:

*“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, **se consideran prácticas monopólicas relativas** los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo **objeto o efecto sea o pueda ser desplazar** indebidamente a otros agentes del mercado; **impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas**, en los siguientes casos: [...]” [Énfasis añadido]*

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

Aunado a lo anterior, tal como se ha señalado en el apartado anterior, el segundo párrafo del artículo 32 de la LFCE vigente al momento de los hechos, señalaba textualmente lo siguiente:

“Artículo 32.-

[...]

En el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones, el denunciante deberá incluir los elementos que puedan configurar la conducta que se estime violatoria de la Ley y, en su caso, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o que permitan presumir que puede sufrir un daño o perjuicio.

[...]”

[Énfasis añadido]

Conforme a ello, resulta evidente que la norma jurídica recién transcrita prevé que las prácticas monopólicas relativas producen o pueden producir daños y perjuicios, al tener como objeto o efecto desplazar indebidamente o impedir sustancialmente el acceso al mercado, o bien, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, por lo que se obliga al denunciante a demostrar, al menos a nivel presuntivo, que los ha sufrido o que los puede llegar a sufrir, lo que constituye un requisito *sine qua non* para dar inicio a la investigación correspondiente por parte de la autoridad.

Habría que decir también que el artículo 8 de LFCE vigente al momento de los hechos señalaba:

“Artículo 8o.- Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.”

Conforme a ello, resulta evidente la existencia de una obligación a cargo de los agentes económicos de no incurrir en prácticas monopólicas conforme a lo dispuesto en la ley, pues éstas se encuentran prohibidas.

Adicionalmente, el artículo 10 de la Ley en cita, establece un listado de conductas que pueden constituir prácticas monopólicas relativas, mismas que se encuentran sujetas a que se compruebe que el agente o agentes económicos involucrados en su comisión, tiene o tienen poder sustancial en el mercado relevante de que se trate, lo que sólo puede ser analizado y dictaminado por la autoridad competente (IFT en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión y la Comisión Federal

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

de Competencia Económica [COFECE] en todos los demás sectores), en términos de lo que actualmente establece el artículo 28 Constitucional.

Se debe agregar que el artículo 2110 del Código Civil Federal prevé:

“Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”

En tales términos, resulta que la acción de daños y perjuicios tiene como requisito *sine qua non* de procedibilidad que éstos sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de una obligación, lo cual, en el caso que nos ocupa, corresponde a la obligación de no incurrir en prácticas que deterioren el proceso de competencia económica.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha interpretado que toda vez que la acción de reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de accesoria, resulta necesario que el demandante acredite la existencia de los mismos y que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de una obligación, tal como lo establece la siguiente Jurisprudencia:

*“Época: Novena Época; Registro: 191076; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: **Jurisprudencia**; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XII, Octubre de 2000; Materia(s): Civil; Tesis: III.2o.C. J/9; Página: 1156*

***DAÑOS Y PERJUICIOS, PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE, ES NECESARIO PROBAR LA EXISTENCIA DE LOS MISMOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).** Para que prospere la acción tendiente al cobro de los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 2023 del Código Civil de Jalisco, anterior a sus reformas, no basta con exigirlo, sino que aparte de que deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2029 del sustantivo en consulta), también es necesario demostrar la existencia de los mismos, aunque la mencionada acción tenga el carácter de accesoria.”*

[Énfasis añadido]

Toda vez que las conductas que configuran las prácticas anticompetitivas no están previstas en el artículo 28 Constitucional referente a la rectoría del Estado en materia económica y prohibición de monopolios; sino que, derivan de lo dispuesto por la Ley de la materia, es decir, la LFCE, resulta en que el órgano jurisdiccional ante quien se ejercite la acción de

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

daños y perjuicios no se encuentra facultado para dictaminar la existencia o no de dichas prácticas, pues ello es facultad exclusiva del órgano del Estado competente, en este caso, el INSTITUTO tal y como está establecido en el artículo 28 Constitucional.

Así lo corrobora el contenido de la siguiente tesis:

“Época: Novena Época; Registro: 165118; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; Materia(s): Civil; Tesis: I.14o.C.65 C; Página: 2855

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. NO PUEDE SUSTENTARSE EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL, PORQUE ÉSTE NO FACULTA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DETERMINAR QUÉ CONDUCTAS CONSTITUYEN PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN FUNCIÓN DE LOS HECHOS NARRADOS POR LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA. Al ejercerse la acción de responsabilidad civil, el juzgador debe examinar y, en su caso, interpretar la legislación ordinaria para resolver cuál es la hipótesis normativa de la que deriva la pretendida ilicitud del acto que da origen a esa pretensión, pero **no implica que con base en el artículo 1830, en relación con el numeral 1910, ambos del Código Civil Federal, esté facultado, con fundamento en el artículo 28 constitucional, en un pretendido ejercicio de su arbitrio judicial, para establecer que una determinada conducta configura una práctica monopólica que da lugar a exigir el pago de daños y perjuicios.** La función del órgano jurisdiccional es seleccionar y aplicar una norma jurídica a la realidad fáctica para emitir una resolución fundada en derecho, atento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 constitucional, sin embargo, los párrafos primero y segundo del artículo 28 constitucional no señalan qué casos configuran las prácticas monopólicas. De manera que si en la época en que se suscitaron los hechos controvertidos, existía una omisión legislativa relativa en la fracción VII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en virtud de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional esa porción normativa porque no establecía los parámetros necesarios para determinar qué conductas constituían prácticas monopólicas, no por esa razón el órgano jurisdiccional está en aptitud de determinar si la conducta desplegada por la demandada debe calificarse como una práctica monopólica, porque la ilicitud de la conducta no emergería de una descripción legislativa general, sino de una decisión particular del juzgador que lo convertiría en creador de una hipótesis

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

legal, lo cual excedería su función jurisdiccional, porque el artículo 28 constitucional desarrolla una parte de los principios relativos a la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, mediante diversas acciones, entre otras, la prohibición de los monopolios, pero deja al legislador ordinario y no a la autoridad judicial, la facultad de fijar cuáles son las conductas que deben calificarse como prácticas monopólicas, independientemente de la proyección penal, administrativa o civil que pueda darse a la clasificación que precise la autoridad legislativa.”

[Énfasis añadido]

Por lo anterior, atento a lo dispuesto por la Constitución, la Ley, la Jurisprudencia y particularmente conforme a lo establecido en la ejecutoria de fecha 6 de mayo de 2015 emitida por la Segunda Sala de la SCJN, es factible concluir que este INSTITUTO debió manifestarse respecto a si los hechos investigados en el expediente de mérito constituyeron o no una práctica monopólica relativa, pues lo contrario haría nugatoria *a priori* la posibilidad jurídica del denunciante de acudir ante la instancia jurisdiccional competente a solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, logre acreditar; con lo cual podría acreditarse en nuevo juicio de amparo la violación de los principios de legalidad y de seguridad jurídica en perjuicio de LOS DENUNCIANTES.

3. Aplicación del principio *non bis in idem*

En el considerando SEXTO, numeral 3.1 de LA RESOLUCIÓN, se analiza el argumento formulado por TELCEL mediante el cual hace valer la aplicación del principio *non bis in idem*, por virtud de la cual, dicho agente económico considera que este INSTITUTO está impedido para “juzgar nuevamente a Telcel por causas, hechos, conductas y efectos que ya fueron materia de resolución terminal en otro procedimiento por parte de las autoridades de competencia económica”, concluyendo LA RESOLUCIÓN que el expresado argumento es fundado y suficiente para ordenar el cierre del expediente de mérito.

Principalmente, LA RESOLUCIÓN sustenta la conclusión a la que arriba del modo siguiente:

“En conclusión, como se advierte del análisis realizado respecto de la institución "cosa juzgada" y en atención al principio de derecho non bis in idem, en virtud de que la práctica imputada a Telcel en el OPR ya ha sido objeto de un pronunciamiento emitido por la CFC y el Instituto como autoridad sustituta, en los expedientes DE-037-2006 y Acumulados, RA-007-

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

2011 y E-IFT/UC/RR/0003/2013, respectivamente, esta autoridad se ve impedida para pronunciarse una vez más respecto de las conductas imputadas en el OPR.

En conclusión, como se advierte del análisis realizado respecto de la institución cosa juzgada y en atención a que se actualiza una triple identidad de los elementos analizados en los expedientes DE-37-2006 y acumulados y RA-007-2011 (EIFT/UC/RR/0003/2013 del índice de éste Instituto) y los hechos analizados en el Expediente, esta autoridad se encuentra impedida para resolver sobre los hechos objeto de análisis en el Expediente, en virtud de que ya fueron objeto de un pronunciamiento por la CFC y este Instituto en previos expedientes; por lo que se actualiza el principio non bis in ídem.

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.⁴

[Énfasis añadido]

Por lo que se refiere al derecho vinculado a la seguridad jurídica, el artículo 23 Constitucional establece que "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene"; al cual, la doctrina reconoce como principio general de derecho non bis in ídem, que en materia administrativa consiste en prohibir que a un particular se le sancione dos veces o más por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico; en esta tesitura, "lo mismo" se identifica o equipara con la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento.

Ahora bien, a contrario sensu, cuando un sujeto con uno o más hechos lesiona bienes jurídicos diferentes o algún bien jurídico en diversas ocasiones, esa situación ocasiona la comisión de infracciones distintas y se sanciona por cada ilícito perpetrado, ya que en este supuesto no existe la triple identidad, toda vez que, o no se trata del mismo hecho o falta coincidencia de fundamento.

Así lo ha interpretado el Poder Judicial de la Federación en la tesis siguiente:

⁴ Foja 114 de LA RESOLUCIÓN.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

"Época: Décima Época; Registro: 2005940; Instancia: Segunda Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; **Tesis:** 2a. XXIX/2014 (10a.); Página: 1082.

SEGURIDAD JURÍDICA. EL DERECHO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ES APLICABLE A LA MATERIA ADMINISTRATIVA. El precepto constitucional citado contiene diversos derechos de seguridad jurídica, dentro de los que se encuentra el relativo a que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma falta. Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dotado de mayor contenido al derecho en comento, haciéndolo extensivo a materias diversas a la penal, como la administrativa. Así, en esta última materia, el derecho **se encuentra dirigido a prohibir que a un particular se le sancione dos veces o por segunda vez por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico**; en esta tesitura, "lo mismo" se identifica o equipara con la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento. Por el contrario, cuando un sujeto con uno o más hechos lesiona bienes jurídicos diferentes (diversos ordenamientos jurídicos) o algún bien jurídico varias veces, esa situación ocasiona la comisión de varias infracciones distintas y se sanciona por cada ilícito perpetrado, ya que en este supuesto no existe la triple identidad, toda vez que o no se trata del mismo hecho o falta coincidencia de fundamento, lo que es de suma importancia e indispensable para que surta plena vigencia esa exigencia constitucional. Ilustra los supuestos que anteceden, lo que establecen los artículos 75, fracción V y 76 del Código Fiscal de la Federación, en virtud de que en el primer numeral mencionado, **al existir la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se prevé que se aplique sólo una sanción**; en tanto que en la segunda disposición legal, el supuesto que antecede no se actualiza, en atención a que en esa norma se señalan diversos hechos (infracciones), que implican la inobservancia de distintos ordenamientos jurídicos, situación que tiene como consecuencia la aplicación de las sanciones que correspondan por cada ilícito que se hubiere cometido."

[Énfasis añadido]

En el caso que nos ocupa, el comparativo entre el sujeto, los hechos y el fundamento de la investigación cuyo cierre decretó LA RESOLUCIÓN, y los que fueron analizados en su

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

oportunidad en los diversos expedientes DE-37-2006 y acumulados, se plasma en el siguiente cuadro:⁵

Expediente	DE-37-2006 y acumulados RA-007-2011 (recurso de reconsideración) E-IFT/UC/RR/0003/2013 (verificación de cumplimiento de compromisos)	AI/DE-002-2015
Emplazada	TELCEL	TELCEL
Conducta imputada	Fracción XI del artículo 10 de la LFCE	Fracción XI del artículo 10 de la LFCE
Mercado relevante	La comercialización del servicio de terminación conmutada prestado por Telcel en sus RPTs móviles a terceros concesionarios de RPTs solicitantes. Servicio relevante: la terminación de llamadas locales en la RPT móvil de TELCEL. Dimensión geográfica: la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel.	El servicio de Terminación prestado por Telcel en el ámbito geográfico cubierto por su RPT del servicio de telefonía móvil a los distintos concesionarios de RPT. Servicio relevante: la Terminación en la RPT de Telcel. Dimensión geográfica: la extensión geográfica cubierta por la RPT de Telcel.
Mercados relacionados	Mercado de Telefonía fija y móvil	Mercado de telefonía fija
Duración	Toda vez que, a la fecha de la emisión de la Resolución DE-37-2006 y acumulados, no había evidencia en el expediente de que la conducta hubiese sido suprimida, la duración de la práctica se consideró del 29 de junio de 2006 al 7de abril de 2011.	De enero de 2007 a diciembre de 2010.

Como puede apreciarse, **los hechos del expediente AI/DE-002-2015 quedan subsumidos en los del DE-37-2006 y acumulados (mercado relevante, mercados relacionados y duración).** De conformidad con lo anterior, resulta aplicable al presente caso el principio *non bis in ídem*; **pero únicamente respecto a la imposición de una nueva sanción**, pues la traslación de las garantías en materia penal se realiza al procedimiento administrativo en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

Por lo que, derivado de la emisión del OPR por parte de la Autoridad Investigadora en el Expediente; el subsecuente procedimiento seguido en forma de juicio instrumentado por la UCE, este Pleno debió pronunciarse dentro del expediente que nos ocupa, respecto a si

⁵ Fojas 103 A 106 de LA RESOLUCIÓN.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

LOS DENUNCIADOS cometieron la práctica monopólica relativa o no en el periodo que corrió de enero de 2007 a diciembre de 2010; pues tal como lo manifiesta la Ejecutoria de la Segunda Sala de la SCJN, existe la posibilidad de que LOS DENUNCIANTES hayan sufrido un daño o perjuicio.

Lo cual no implica en modo alguno que debiera imponerse a los denunciados una sanción en este procedimiento, toda vez que con motivo del expediente DE-037-2006, el proceso de competencia y libre concurrencia fue restaurado, actualizando con ello el contenido del principio *non bis in ídem*, cuya consecuencia, en materia administrativa es la de no imponer varias sanciones por una misma conducta.

Así lo ha interpretado el Poder Judicial de la Federación en la tesis siguiente:

“Época: Décima Época; Registro: 2011565; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 29, Abril de 2016, Tomo III; Materia(s): Constitucional; Administrativa Tesis: I.1º.A.E. CS (10a); Página: 2515.

NON BIS IN IDEM. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE, POR EXTENSIÓN, AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

*El principio mencionado, que prohíbe el doble enjuiciamiento por el mismo delito, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consigna una garantía de seguridad jurídica, cuyo propósito es proteger al gobernado que ha sido juzgado por determinados hechos, para que no sea sometido a un nuevo proceso por ese motivo, lo que implica la certeza de que no se le sancione varias veces por la misma conducta. Sin embargo, dicha garantía no es exclusiva de la materia penal, pues en términos del artículo 14 constitucional, la seguridad jurídica debe regir en todas las ramas del derecho y, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva del Estado, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador, puede acudir a los principios penales sustantivos. Por tanto, el principio *non bis in ídem* es aplicable al derecho administrativo sancionador, porque, en sentido amplio, una sanción administrativa guarda similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico, y ya sea que se incumpla lo ordenado o se realice lo prohibido, tanto el derecho penal como el administrativo sancionador resultan ser inequívocas manifestaciones de la facultad del Estado de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos, en la inteligencia de que la traslación*

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo P/IFT/170316/100, correspondiente a la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, resuelve el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con número de expediente AI/DE-002-2015 de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, por la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas comprendidas en el artículo 10, fracción XI de la citada ley, correspondiente al numeral III.3 del Orden del Día de la VIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 17 de marzo de 2016.

de las garantías en materia penal en cuanto a grados de exigencia, no puede hacerse automáticamente, pues su aplicación al procedimiento administrativo sólo es posible, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

[Énfasis añadido]

Por las razones expuestas a lo largo del presente documento, reitero mi voto a en contra de la resolución número P/IFT/170316/100, pues considero que, contrario a lo que determinó una mayoría de los integrantes del Pleno, en el presente caso no resultaba procedente decretar el cierre del expediente por una actualización del principio *non bis in idem*; sino resolver sobre si se realizó o no la práctica monopólica relativa denunciada en el periodo comprendido de enero de 2007 a diciembre de 2010 y, con base en el principio *non bis in idem* no imponer sanción alguna, puesto que al momento en que se dictó la resolución ya existía constancia de que en diverso procedimiento previamente instaurado y resuelto se había restaurado el proceso de competencia y libre concurrencia, existiendo en ambos casos triple identidad respecto a sujeto, hecho y fundamento.

ATENTAMENTE,

**ADOLFO CUEVAS TEJA
COMISIONADO**