

S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 24
O R D I N A R I A
LUNES 25 DE FEBRERO DE 2013

En la ciudad de México, Distrito Federal, siendo las once horas con cincuenta y cinco minutos del lunes veinticinco de febrero de dos mil trece, se reunieron en el Salón de Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar sesión pública ordinaria, los señores Ministros Presidente Juan N. Silva Meza, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán. El señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea no asistió a la sesión por estar incurso en causa de impedimento para pronunciarse sobre los amparos en revisión 426/2010 y 318/2011.

A continuación, el señor Ministro Presidente Silva Meza abrió la sesión y el secretario general de acuerdos dio cuenta de lo siguiente:

I. APROBACIÓN DE ACTA

Proyecto de acta de la sesión pública número veintitrés, ordinaria, celebrada el jueves veintiuno de febrero de dos mil trece.

Por unanimidad de diez votos el Tribunal Pleno aprobó dicho proyecto.

II. VISTA Y RESOLUCIÓN DE ASUNTOS

Asuntos de la Lista Oficial para la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el veinticinco de febrero de dos mil trece:

II. 1. 426/2010

Amparo en revisión promovido por ***** contra actos del Congreso de la Unión y de otras autoridades, consistentes, entre otros, en la expedición y aplicación del artículo 9-A, fracción X, de la Ley Federal de Telecomunicaciones. En el proyecto formulado por el señor Ministro Luis María Aguilar Morales se propuso: *“PRIMERO. En la materia de la revisión, competencia de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se modifica la sentencia recurrida. SEGUNDO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a ***** , en contra del artículo 9-A, fracción X, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la resolución comprendida en el Acuerdo P/090108/14, de nueve de enero de dos mil ocho, dictada por el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. TERCERO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a ***** , en contra de la resolución que se contiene en el Acuerdo P/090108/14, de nueve de enero de dos mil ocho, dictada por el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones”*.

El señor Ministro Pérez Dayán sometió a la consideración de los señores Ministros la posibilidad de encontrarse incurso en causa de impedimento, en virtud de que el cinco de diciembre de dos mil siete, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer

Circuito, del cual formó parte, dictó sentencia en el recurso de revisión 321/2007, confirmando la diversa de nueve de enero de dos mil ocho, que concedió el amparo a ***** y tuvo como efecto que el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones emitiera el Acuerdo P090108/14, que es materia de impugnación en el juicio de amparo del que deriva el presente recurso de revisión.

Agregó que si bien es cierto que el Tribunal que integró no dictó la resolución que aquí se revisa, a partir de una eventual interpretación pudiera considerarse que se actualiza la causal de impedimento prevista en la fracción IV del artículo 66 de la Ley de Amparo, máxime que existen ciertos temas que se abordaron en el primer juicio de amparo y que nuevamente se plantean en el presente asunto, particularmente el de constitucionalidad de leyes.

El señor Ministro Presidente Silva Meza, para situar en contexto el planteamiento anterior, indicó que durante la resolución de este asunto se acordó que las decisiones tomadas serían definitivas, y que, por ende, los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena y Pérez Dayán emitirían sus pronunciamientos a partir de los considerandos respecto de los cuales no exista una votación, en la inteligencia de que el Tribunal Pleno determinó que el proyecto no se desechara por cuanto hace a los considerandos que ya fueron votados, sino que éstos se engrosaran, y que sólo serían motivo del retorno asignado al señor Ministro Aguilar Morales los temas pendientes de ser votados.

El señor Ministro Cossío Díaz destacó la importancia del planteamiento del señor Ministro Pérez Dayán, pero consideró que éste no se encuentra incurso en causa de impedimento por no actualizarse ninguno de los supuestos que prevé el artículo 66 de la Ley de Amparo, tomando en cuenta que existen tesis de acuerdo con las cuales las causales de impedimento en este proceso son aquellas establecidas estrictamente en la Ley de Amparo y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y que, por ende, las circunstancias que aduce dicho señor Ministro, suscitadas por los avatares procesales del presente asunto, al no encuadrar en los supuestos legales, no justifican determinar que está impedido para participar en su resolución, en el entendido de que las decisiones que ya fueron tomadas de forma definitiva lo vinculan en tanto Ministro de nueva integración.

Por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Gutierrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza, se determinó que el señor Ministro Pérez Dayán no se encuentra incurso en la causa de impedimento prevista en el artículo 66, fracción IV, de la Ley de Amparo, ni en ninguna otra que prevea ese precepto, para conocer del presente asunto.

Enseguida, el señor Ministro Aguilar Morales recordó que este asunto ya ha sido discutido por este Pleno en dos

ocasiones, bajo dos ponencias distintas, y que en ambas ocasiones se hicieron votaciones definitivas, por lo que los temas que fueron objeto de éstas deben considerarse como resueltos y, por ende, materia del engrose que en su momento será sujeto a discusión. Señaló que, en congruencia con lo anterior, no se incluyen en el proyecto actual los temas que ya fueron votados por no ser ya materia de la discusión y que, en atención a la tarea que le fue encomendada, realizará el engrose respectivo.

Asimismo, explicó que el proyecto fue entregado a la Secretaría General de Acuerdos desde el doce de noviembre de dos mil doce, con el propósito de que no se interrumpiera la inercia en la discusión y se resolviera en breve, con la anterior integración de este Alto Tribunal, pero que dada la necesidad y la inevitabilidad en la resolución de diversos asuntos, ello ya no fue posible. Aclaró que la consulta no es novedosa, tan es así que los considerandos décimo quinto y décimo sexto, en los que se abordan respectivamente lo relativo a la medición del tráfico, la tarifa promedio ponderada y la medida precautoria móvil, se presentan en los términos propuestos por el señor Ministro Ortiz Mayagoitia.

Después de referirse a los temas aprobados por el Pleno hasta el veintinueve de octubre de dos mil doce, indicó que, dadas las conclusiones alcanzadas en relación con el tema de externalidad de la red, resultó necesario analizar lo que hizo valer la empresa ***** en su revisión adhesiva,

en cuanto a que ese concepto ya estaba previsto en el modelo de costos que utilizó la Comisión Federal de Telecomunicaciones, señalando que éste constituye el primer tema que se someterá a consideración.

Al respecto, señaló que en el proyecto propone determinar que lo afirmado por ***** no se acredita a partir de las periciales que obran en autos, y que, por ende, considerando que se trata de un amparo en revisión, debe prevalecer la presunción de legalidad de la resolución reclamada.

Señaló que en cuanto al segundo tema, relativo al trato discriminatorio que impugna la quejosa recurrente *****, se propone determinar que no existe dicho tratamiento, sino sólo un pronunciamiento de la autoridad competente emitido a partir de la situación específica de las concesionarias que sometieron su consideración el respectivo desacuerdo, indicando que en este punto resulta indispensable precisar que cuando se alude al operador histórico se está haciendo referencia al que tiene lugar en el caso concreto entre ***** y *****, de forma que no se trata de determinar qué es el operador histórico en términos generales, ni mucho menos hacer una declaratoria de dominancia, tan es así, que este Pleno ya resolvió que fue incorrecta la determinación de la Juez federal en el sentido de que ***** tenía poder sustancial en el mercado de la telefonía móvil.

Por otra parte, indicó que no debe perderse de vista que la Comisión Federal de Telecomunicaciones está facultada para resolver sobre las condiciones de interconexión que no hayan podido convenirse entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones como señala el artículo 42 de la Ley Federal de la materia, por lo que es dable concluir que en cada desacuerdo debe analizarse la situación específica, concreta, real y actual de las concesionarias que someten su desacuerdo, tan es así que si las empresas hubieran podido llegar a un acuerdo, hubieran considerado necesariamente las condiciones específicas de cada una de ellas, pues dicho acuerdo tendría que sustentarse en la realidad de cada empresa y en sus diferencias inevitables, lo que no implica que el arreglo o acuerdo logrado con una de ellas debiera ser obligatorio para todas las demás, a no ser que las concesionarias así lo acordaran, puesto que habrá que reconocer las diferencias que cada una tiene, sin que signifique un trato arbitrario, sino uno que atiende a las condiciones específicas de cada caso en particular y de las empresas involucradas.

Asimismo, agregó que si bien la Comisión Federal de Telecomunicaciones cuenta con facultades para establecer al concesionario de redes públicas, que tenga poder sustancial en el mercado relevante, las obligaciones específicas conforme al artículo 63 de la ley, lo cierto es que éste no es el caso que nos ocupa, ya que no se está partiendo de las condiciones ni de la declaratoria a que se

refiere dicho precepto, pues lo que dio lugar a la emisión de la resolución que aquí se reclama fue un desacuerdo en términos de lo previsto en el artículo 42 de la ley de la materia y no en el ejercicio de las facultades previstas en su artículo 63.

En este orden de ideas, sostuvo que en razón de que no todos los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones tienen las mismas características, no es posible pretender que se resuelvan de la misma manera todos los desacuerdos que se presentan ante la responsable, ni por la Comisión Federal de Telecomunicaciones ni aun mediante los convenios que se lograran entre los concesionarios, ya que en todo caso deben tomarse en cuenta las realidades de cada empresa, máxime que si se determinara que el trato fuera desigual y que debiera haber sido otro, ello llevaría a modificar el modelo considerado por la autoridad, que ya se estimó como fuera de la materia de litis en este amparo mediante votación definitiva.

En cuanto a los temas relativos a la tarifa promedio ponderada y a la medida precautoria móvil, reiteró que los ponía a consideración de los señores Ministros en los términos del proyecto del señor Ministro Ortiz Mayagoitia, y en relación con medición de tráfico, precisó que la propuesta es en el sentido de que debe revocarse la sentencia recurrida en virtud de que la juez no estaba facultada para establecer la forma en que debe medirse el tráfico y

determinar, por sí y ante sí, las contraprestaciones que ***** debe pagar a ***** por las llamadas cursadas hacia su red bajo la modalidad “El que llama paga”.

Señaló que, al declararse fundado el agravio respectivo, se analizan los agravios que hizo valer la Comisión Federal de Telecomunicaciones, entre los que destaca el relativo a que la variación en la forma de medir el tráfico traería aparejada una modificación al contenido de los elementos del modelo de costos, y que, en ejercicio de sus facultades rectoras y atendiendo a las políticas de Estado, está facultada para determinar que, no obstante que la medición del tráfico debería hacerse con base en los segundos de cada llamada, en esta resolución fue conveniente hacerlo gradualmente para disminuir, también de manera gradual, las tarifas de interconexión. Expuso que, bajo estos lineamientos, la propuesta es en el sentido de que dicha Comisión sí razonó adecuada y suficientemente su determinación.

Por otra parte, en relación con lo que hizo valer ***** en la revisión adhesiva, en cuanto a que en el acto reclamado no se justifica que para realizar una tasación por segundo se tuviera que redefinir el cálculo de la tarifa de interconexión, precisó que en el proyecto se propone determinar que la resolución reclamada goza de la presunción de legalidad, por lo que en todo caso correspondía a dicha quejosa probar lo contrario, aclarando

que esta parte de la propuesta coincide con lo que propuso el señor Ministro Ortiz Mayagoitia.

Finalmente, respecto de la tarifa promedio ponderada y la medida precautoria móvil, expuso que contrario a lo que estableció la Juez de Distrito, en cuanto a otorgar el amparo a ***** respecto de dicha tarifa por estimar que se violenta en su perjuicio la garantía de legalidad y seguridad jurídica, en virtud de que tal concepto y su mecanismo de cálculo no están previstos en la ley, en el proyecto se precisa que la tarifa promedio ponderada del servicio y la medida precautoria móvil, se implementaron en virtud de lo solicitado por ***** a la Comisión Federal de Telecomunicaciones en el sentido de que se incluyera una cláusula que relacionara la tarifa de interconexión y la tarifa del usuario final, de tal suerte que si ésta fuera inferior a aquélla se le aplicara un 50% de la tarifa más baja que ofrezca a los usuarios en sustitución de la tarifa de interconexión que se llegue a determinar, con la finalidad de que se impida la proliferación de prácticas orientadas a ofrecer a los usuarios móviles tarifas inferiores a la de interconexión, porque entonces la empresa que se interconectara no podría bajar sus tarifas ante el monto que tendría que pagar a la empresa con la que se interconecta, lo cual sería una clara afectación a la competencia leal.

En este sentido, indicó que en el proyecto se propone concluir que, contrario a lo que aduce *****, la tarifa promedio ponderada y la medida precautoria móvil sí

guardan relación con los aspectos que fueron materia del desacuerdo, en tanto se implementaron con el objeto de evitar que las tarifas que la quejosa ofrece al público en general sean menores que las tarifas de interconexión que ***** le debe pagar, lo que es acorde con lo dispuesto en el artículo 44, fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones en el sentido de que los concesionarios deben atribuirse a sí mismos y a sus subsidiarias y filiales, tarifas desagregadas y no discriminatorias por los diferentes servicios de interconexión, de lo que deriva que todas las tarifas que los concesionarios ofrecen a sus usuarios deben ser las mismas que aplican a los servicios de interconexión que prestan a otros operadores, máxime que esta medida se estableció por el Legislador para asegurar que los servicios de telecomunicaciones se proporcionen en un entorno competitivo.

De esta forma, señaló que resulta claro que el hecho de que la tarifa promedio ponderada no esté prevista expresamente en la ley, por sí, es insuficiente para estimar que la resolución impugnada es violatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, pues tal como lo sostiene la autoridad responsable en sus agravios, la tarifa promedio ponderada se traduce en una tarifa de interconexión sustituta que tiene como fin favorecer la sana competencia y evitar, por ejemplo, que ***** ofrezca a sus usuarios tarifas por debajo de los costos de proveer el servicio, lo que de suyo implica que deba incluir la misma tarifa de interconexión que

***** le debe pagar por el servicio de terminación conmutada de llamadas en usuarios móviles, porque si por una cantidad se determina el acuerdo de pago de tarifa de interconexión de ***** con ***** y ***** cobrara a sus usuarios menos, resulta claro que la empresa interconectada no podría ofrecer tarifas menores a las que tiene que pagarle a la empresa con que se interconecta.

Por otra parte, señaló que en el proyecto se concluye que el mecanismo para calcular la tarifa referida tampoco es contrario al artículo 16 constitucional, porque las tres primeras variables que lo componen no son ambiguas ni imprecisas, y que respecto a la cuarta variable se estima que la omisión de señalar cuáles son los ponderadores que la Comisión Federal de Telecomunicaciones fijará en su momento se justifica en virtud de que, tal como lo refiere la responsable en sus agravios, para lograr el fin pretendido es necesario que una de las variables a considerar se determine en el momento de efectuar el cálculo de la tarifa promedio ponderada, no sólo para reconocer las condiciones del mercado en el momento en que se establezca la tarifa ponderada, sino además para evitar que los concesionarios, conociéndola, puedan manipularla en su beneficio, precisando que la medida precautoria móvil, es solamente una previsión para situaciones futuras e inciertas.

El señor Ministro Cossío Díaz manifestó estar en desacuerdo con este punto, tomando en cuenta que en la sesión del veintinueve de octubre de dos mil doce el Tribunal

Pleno sostuvo que la Comisión Federal de Telecomunicaciones sí podría incluir en su resolución tanto lo relacionado con los costos que se derivaban de su modelo, como lo relativo a las externalidades, de forma que el hecho de responder a ***** en el sentido de que no es posible determinar que la externalidad pueda ser incorporada en la resolución reclamada genera una diferencia importante entre los considerandos décimo segundo y décimo tercero.

El señor Ministro Valls Hernández señaló no compartir la propuesta del apartado a discusión, considerando que existe una incongruencia dentro del proyecto en lo que respecta al valor e importancia que se le debe dar al dictamen rendido por un perito oficial en el juicio de amparo. Estimó que, si bien en el considerando décimo, al interpretar el artículo 151 de la Ley de Amparo, se establece que la prueba pericial en el juicio de amparo no es colegiada, dado que el único peritaje indispensable para su integración y desahogo es el del perito nombrado por el Juez de Distrito, y se adopta, para robustecer el punto, la jurisprudencia 2/J. 81/2011 cuyo contenido comparte, lo cierto es que el considerando décimo tercero toma en cuenta la prueba pericial como prueba colegiada, con lo que se desestima el valor que se le debe dar al perito oficial, el cual, conforme a la referida jurisprudencia, su imparcialidad le confiere un grado mayor de convicción.

Además, indicó que, contrario a lo que sostiene el proyecto, el dictamen del perito oficial genera plena convicción en el sentido de que el modelo de costos de la Comisión Federal de Telecomunicaciones contempla una prima de externalidad, debiendo tomarse en cuenta que esta pericial fue consentida por las partes, de lo que se sigue que, al no existir justificación para que la referida Comisión imponga una doble externalidad, y que ésta ya fue contemplada y consentida por las partes en el modelo de costos, se justifica establecer que la recurrente ***** tiene la razón en este punto.

El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena señaló que del análisis de la resolución de la Cofetel es posible advertir que la externalidad no se encuentra incluida en el modelo de costos. Precisó que debe distinguirse entre el costo y la externalidad: mientras los costos típicamente se dividen en dos: 1) fijos, que no se incrementan ni disminuyen en relación con el nivel de producción que está llevando a cabo la empresa, y 2) variables, que se refieren a aquellos que sí se modifican según el nivel de producción de la empresa, la externalidad alude a una actividad que genera un beneficio o un perjuicio a un tercero, quien no es remunerado o no es cobrado por el beneficio que obtiene de esa actividad.

De esta forma, precisó que, en el caso concreto, la externalidad es independiente del modelo de costos y se agrega al cálculo de la tarifa, indicando coincidir con el proyecto en el sentido de que la presunción de la legalidad

del acto impugnado se sostiene en la medida en que los peritajes no son concluyentes para determinar lo contrario, máxime que ya fue resuelto que el modelo de costos no puede ser revisado en esta instancia al no estar controvertido.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas manifestó estar de acuerdo con el proyecto, considerando que las periciales que obran en autos no demuestran que la externalidad de la red y, en su caso, el monto de tal concepto, estén contemplados en los costos arrojados por el modelo utilizado por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, por lo que la presunción de legalidad de la resolución reclamada no quedó desvirtuada, amén de que corresponde a ese órgano especializado establecer medidas, como la externalidad, a efecto de adoptar un esquema gradual de disminución de las tarifas de interconexión, decisión que este Tribunal Pleno consideró suficientemente fundada y motivada, dado el margen de deferencia en cuestiones técnicas de que goza este órgano regulador.

El señor Ministro ponente Aguilar Morales, en relación con lo expuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, aclaró que en el proyecto no se determina que no es posible que dos externalidades estén dentro de la misma resolución, sino que se responde al argumento en el sentido de que de alguna manera la externalidad está duplicada, en tanto que

se contempla en el modelo de costos y la Comisión Federal de Telecomunicaciones determina incluirla aparte.

El señor Ministro Cossío Díaz argumentó que si bien entendía el concepto económico de externalidad, lo cierto es que en el caso ésta no se verifica, sino que se está ante un subsidio basado en razones sociales que considera la propia ley, por lo que debe tomarse en cuenta la importante diferencia entre costo y subsidio, indicando que no tendría inconveniente en que se aclarara que en la resolución pueden incluirse tanto el costo como el subsidio, pues con ello, incluso, quedaría satisfecha su posición y estaría en posibilidad de votar a favor del proyecto.

La señora Ministra Luna Ramos, después de plantear la problemática que supone el considerando décimo tercero, y la forma en que el proyecto propone resolverla, indicó que éste, al establecer que dos de los cuatro peritos están opinando en el mismo sentido y que, en consecuencia, no existe convicción en relación con las otras pruebas a fin de determinar si en el modelo de costos está incluida la externalidad de la red, utiliza un análisis en términos colegiados de la prueba pericial, tal y como se dispone en el Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual si se ofrece una prueba por una de las partes, la otra parte debe ofrecer la correspondiente, y en el caso de que no fueran contestes, se estaría en posibilidad de señalar un tercero en discordia que, en un momento dado, vendría como a desempatar lo dicho por los dos peritos de las

partes, siendo que conforme al artículo 151 de la Ley de Amparo, la prueba pericial se perfecciona con el peritaje oficial, sin perjuicio de que las partes eventualmente puedan ofrecer su peritaje, y de que incluso éste pudiera desvirtuar el peritaje del perito oficial. Sostuvo que, por ende, se apartaría del proyecto en cuanto a la forma colegiada en que se lleva a cabo el análisis y valoración de las pruebas periciales.

Asimismo, después de hacer alusión a diversas respuestas que el perito oficial emitió y de destacar que éstas guardan coincidencia con lo establecido por el perito de ***** , precisó que conforme a la propia resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones debió considerarse la externalidad de red en el establecimiento de las tarifas de interconexión, así como adoptarse un esquema gradual por ser conveniente en aquellos mercados donde la orientación a costos inmediata tendría consecuencias negativas para los concesionarios y los usuarios, sin prescindir de una tarifa de interconexiones basada en costos al final del período de ajuste. Al respecto, estimó que la Comisión referida pudo haber prescindido de etiquetar el incremento tarifario como externalidad, y que ésta debió limitarse a resolver el desacuerdo, y procurar que ***** no quedara en una posición de ventaja frente a los demás operadores del mismo servicio que ya han convenido ciertas tarifas, máxime que existen tesis de este Alto Tribunal en el sentido de que no pueden establecerse condiciones que

pongan en desventaja a entidades que participan en la misma problemática.

En este orden de ideas, afirmó que si la Comisión Federal de Telecomunicaciones hubiese optado por asignar a ***** tarifas de interconexión equivalentes al costo, lo habría colocado en una posición de amplia ventaja competitiva en relación con las demás empresas de telefonía fija, pues si éstas venían trabajando con ***** mediante tarifas superiores, resultaría un contrasentido que la propia autoridad beneficiara solamente a un corporativo que no llegó a un acuerdo tarifario con aquélla, de manera que el argumento central de ***** , en el sentido de que las tarifas reclamadas no fomentan la sana competencia, podría aplicarse, incluso, para negar el amparo, ya que su fijación en términos equivalentes al modelo de costos acarrearía en favor de dicha empresa un fenómeno de concentración económica de la telefonía fija en perjuicio de los demás operadores del mismo sector, pues éstos perderían la capacidad para competir con un agente económico que adquiere el mismo servicio, por menos de la mitad del valor del precio que ellas pagan, tomando en cuenta que ***** ha suscrito con operadores diversos a ***** , tarifas del orden de uno punto setenta y uno, para dos mil cinco; de uno punto cincuenta y cuatro, para dos mil seis, y de uno punto treinta y nueve, para dos mil siete; siendo que el modelo de costos por cuya aplicación pugna ***** arrojó cuotas de

punto setenta y uno, punto setenta y cuatro y punto setenta y ocho, para los mismos períodos, respectivamente.

Señaló que el punto de partida para analizar el tema es el contenido del penúltimo párrafo del artículo 28 constitucional, ya que en él se prevé que la autoridad debe vigilar la utilización social de los bienes del dominio público concesionado, y ello implica una obligación estatal de vigilar que no se favorezca a ningún concesionario en perjuicio de otro, ni siquiera a título de corregir distorsiones del mercado, ya que ello produciría una concentración que en la especie formalmente no se ha declarado y no se puede corregir con otra medida de naturaleza prácticamente igual.

Indicó que a pesar de que en autos quedó demostrado que la externalidad no fue la causa del incremento de las tarifas por encima del modelo de costos, siendo que al menos el perito oficial determina que sí está incluida, esta deficiencia no conduce a la concesión del amparo para ajustar las tarifas a los resultados de este estudio económico, ya que el diverso motivo que da sustento a la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, consistente en la intención de estandarizar el precio entre los diversos operadores, es una consideración atendible para negar en todo caso la protección constitucional, considerando que, por encima del interés particular, se encuentra el mandato del artículo 28 constitucional, que obliga a la autoridad administrativa y a este Alto Tribunal a vigilar la utilización social de los bienes del dominio público

concesionado, como es la red pública de telecomunicaciones, y evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En resumen, señaló que la objeción que sostiene respecto del proyecto estriba en que no reconoce que pericialmente se demostró que el modelo de costos de la Comisión Federal de Telecomunicaciones ya incluía un valor para la externalidad, siendo que ello se obtiene del simple sentido común, porque no resulta creíble que, por ejemplo, en el año dos mil cinco se aplicara un peso más por externalidad, considerando que el costo del minuto de interconexión estaba tasado en punto setenta y un centavos, conforme al modelo y, en uno punto setenta y uno, según el de Comisión, de manera que aun cuando sea cierto que no existe oposición técnica tajante que pudiera conducir a la convicción de que la externalidad sí está incluida dentro del modelo de costos, debe tomarse en cuenta que del análisis de la misma resolución que establece la Comisión, en la parte que determina cuál es el costo de las tarifas de interconexión, se desprende que la externalidad no es el único motivo que lleva a cabo para poder determinar este costo, sino también el ajuste para reducir estas tarifas hasta llegar a los costos respectivos, para que se diera la posibilidad de que las tarifas tuvieran cierta uniformidad en relación con las que se tienen convenidas con los demás operadores pues el hecho de reducir en un porcentaje tan alto las tarifas con la concesión de este amparo pondría a

estos operadores en una situación de discriminación importante.

El señor Ministro Presidente Silva Meza decretó un receso a las trece horas y reanudó la sesión a las trece horas con veinte minutos.

El señor Ministro Pardo Rebolledo consideró que aun cuando es consciente de que las tesis de la Suprema Corte de Justicia establecen que en el juicio de amparo indirecto la prueba pericial se integra exclusivamente con el peritaje oficial, esto no puede llevar al extremo de determinar que la opinión del perito oficial sea vinculatoria para el juzgador, pues éste es un medio de prueba y el perito es un auxiliar en la administración de justicia, por lo que su opinión deberá pasar por el tamiz y por la revisión del propio juzgador.

Partiendo de estas bases, indicó compartir la propuesta del proyecto, tomando en cuenta que la propia Comisión Federal de Telecomunicaciones expresó en la resolución reclamada que utilizaba una metodología llamada TSLRIC, y que en ésta se debe considerar la inclusión de un margen para la recuperación de costos comunes y compartidos, de manera que se toman en cuenta los costos propios, en este caso de la red con la que se va a hacer interconexión, y los costos comunes y compartidos, además de la “externalidad de la red”, que puede o no ser incluido en la tarifa, pero nunca en el modelo de costos.

Indicó que también en la resolución reclamada se describen los costos que se tomaron en cuenta en el modelo TSRLIC, precisando que éstos, de acuerdo con la resolución, son costos del equipo y gastos asociados con la ingeniería, amueblados e instalación de equipo, costos anuales asociados a cada elemento de la red, costos compartidos y costos comunes. En relación con los costos comunes, señaló que la propia Comisión utiliza la metodología EPMU para calcularlos, y que esta metodología no es aplicable para el tema de la externalidad de la red. Estimó que si las periciales están desahogadas en el juicio de amparo indirecto, sin pretender que sean pruebas estrictamente colegiadas, tienen que ser materia de pronunciamiento por parte del juzgador, ya sea para valorarlos o desvirtuarlos, señalando compartir la aseveración que se hace en el proyecto en el sentido de que no resulta concluyente ni debidamente sustentada la conclusión a la que llega el perito oficial, lo que se demuestra, en parte, porque existen peritajes que sostienen puntos de vista contrarios y, por otra parte, porque contradice lo que expresamente señaló la autoridad responsable, al explicar cómo es que llega a la tarifa correspondiente, máxime que el Tribunal Pleno, por mayoría de votos, estableció que el modelo de costos no podía ser objeto de análisis y que era correcto que la Comisión Federal de Telecomunicaciones hiciera uso del concepto de externalidad para fijar la tarifa correspondiente, siendo lógico que no se encuentre sustento para apoyar la conclusión a la

que llega el perito oficial en el sentido de que en el modelo de costos está incluida la externalidad, porque el modelo de costos toma en cuenta precisamente la categoría “costos”.

Precisó que el tema de la externalidad es un factor adicional que en este caso utilizó la propia Comisión para establecer cuál es la suma de estos costos, pues mediante el modelo de costos llega a la cantidad de setenta y un centavos por minuto, y luego eleva la tarifa hasta uno punto setenta y uno diciendo que eso es por concepto de externalidad, pues en la inteligencia de que ese incremento toma como base la existencia de una tarifa generalizada en el sector, y que si se fija a ***** una tarifa menor solamente con base en los costos, se generaría una desigualdad en contra de la sana competencia, cuya garantía es una de las prioridades del órgano regulador.

Señaló que el hecho de que a la externalidad se le llame subsidio se basa en una razón atendible y objetiva, indicando que el Tribunal Pleno ya analizó este punto y estableció por mayoría de votos que era correcto que se empleara para variar el costo hacia la tarifa de interconexión, sin que le resulte lógico sostener que en un modelo de costos esté incluido un factor que el órgano regulador emplea de forma discrecional a fin de emparejar esa tarifa de acuerdo con las finalidades para lograr condiciones de igualdad con los demás operadores.

Finalmente, estimó que la parte considerativa del apartado en análisis podría enriquecerse y complementarse con muchos de los argumentos que se han expresado en favor del proyecto, incluidos los suyos.

El señor Ministro Franco González Salas precisó que la Suprema Corte ha determinado en resolución firme que el modelo de costos no fue impugnado, indicando que, en consecuencia, podría concluir que es inoperante el agravio relativo, sin menoscabo de tomar en cuenta la respuesta que dé el señor Ministro ponente Aguilar Morales a las distintas argumentaciones, toda vez que pueden existir consideraciones atendibles para reforzar la propuesta.

El señor Ministro ponente Aguilar Morales, en relación con lo señalado por el señor Ministro Cossío Díaz, indicó que no tendría conveniente en hacer el análisis y, en su caso, la corrección de la posible contradicción que se suscita entre lo sostenido en distintas partes del proyecto, precisando que el agravio en estudio tiene que ver con la inclusión de la externalidad en el modelo de costos, y que si bien es posible acordar que la designación terminológica de “externalidad” puede asimilarse en algunos casos como un subsidio o un sobrecosto, lo importante es su finalidad, la cual se traduce en cubrir los costos que hace la empresa para favorecer la sana competencia en beneficio de los demás participantes, pues con ello la red podrá crecer y modernizarse.

Por otra parte, en relación con el tratamiento de las periciales, sostuvo que el proyecto se construirá sobre el argumento textual del agravio, en el sentido de que en el modelo se incluyen ya los costos por externalidad de la red, según se desprende del análisis que los peritos hicieron de dicho modelo, pues es dable concluir que la externalidad de la red ya está considerada dentro de los costos de interconexión como resultado del modelo aplicado por la autoridad, sin que ninguno de ellos opine lo contrario.

Señaló que si literalmente se hiciera solamente el estudio de lo que se manifiesta en el agravio, se diría que éste es infundado pues los peritos no podrían ser contestes en relación con eso, indicando que para efectos del engrose pueden retomarse muchas de las argumentaciones que se han hecho para construir mejor el considerando en relación con las vertientes que se generan de estas afirmaciones. Así, señaló que con independencia de que pudiera señalarse que se está cuestionando el modelo de costos cuando éste no fue combatido, y que, por tanto, no podría hacerse el análisis de sus elementos, podría afirmarse que si bien es cierto que el perito del juzgado es el preeminente dada la función de la prueba pericial en el juicio de amparo, no menos es cierto que la convicción que arroje queda a la prudente valoración del Juez que, a su vez, debe estar influida inevitablemente por el desahogo de otras pruebas, entre ellas, otras periciales que desahogaron las partes y que de alguna manera no se pueden desconocer, de tal

modo que permita concluir que si bien es cierto que el perito del juzgado afirmó que la externalidad se encuentra incluida en el modelo de costos, los demás elementos probatorios no parecen llevar plenamente a esa convicción, máxime que la resolución parte de un principio de validez en sí misma, y que el sentido común permite advertir que ello no es así, porque el modelo de costos da como resultado una tarifa tan baja que parece no contemplar en sí misma la externalidad.

Por otro lado, indicó que también resulta conveniente analizar la argumentación del perito, tomando en cuenta que identifica conceptualmente algunas cuestiones con la externalidad, siendo que incluso en la propia resolución reclamada se señala que no se encuentra incluida la externalidad en el caso.

Finalmente, indicó que, suponiendo que se incluyera una externalidad en el modelo de costos, debe considerarse que la externalidad “adicional” que hubiera establecido la autoridad, es razonable porque busca una finalidad específica, en el sentido de disminuir gradualmente las tarifas de interconexión, máxime que el hecho de que esa externalidad ya estuviera incluida, resulta proporcional respecto de las tarifas que se han fijado a otras empresas, de tal manera que, aun cuando se duplicara la externalidad, el resultado de la tarifa que finalmente se aplicó resultaría razonablemente justificada.

El señor Ministro Pérez Dayán destacó que existe una mayoría importante en el sentido de que la externalidad es aceptada por la propia autoridad responsable, siendo trasladada a un sistema de gradualidades. De esta manera, señaló que si bien no reconoce que en el sistema de costos se haya considerado así, las periciales no son concluyentes para determinar dónde se introdujo externalidad, considerando que el proyecto desarrolla de forma suficiente por qué cada uno de los peritos flaquea en determinadas conclusiones y no propician certeza al respecto.

Además, partiendo del presupuesto de que el Tribunal Pleno determinó que la externalidad se encuentra permitida, estimó que incluso podría considerarse válida, de ser el caso, la existencia de una doble externalidad, siempre y cuando ello sea adecuado para alcanzar la finalidad que persiga la Comisión Federal de Telecomunicaciones al determinar los costos de interconexión.

En cuanto a la propuesta de reforzar el proyecto esbozada por el señor Ministro ponente Aguilar Morales, consideró que si bien acepta todo lo que ha dicho, resulta importante centrar la atención en la conclusión de que es correcto el empleo de la externalidad por parte de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. En este sentido, manifestó que la externalidad, como medida útil para incrementar una tarifa en vistas a un resultado futuro, es admisible en tanto sea razonable, y que esta conclusión se robustecería si se toma en cuenta que la razonabilidad

radica precisamente en igualar las tarifas que ya se tenían dentro del mercado.

Así, indicó que de aceptarse estas observaciones el proyecto ganaría en claridad y brindaría la oportunidad a todos de entender a la externalidad como componente de una tarifa, pero no dentro del modelo de costos, pues el hecho de tomar en cuenta a la externalidad como un elemento independiente causaría la posibilidad de establecer condiciones inaceptables en los costos, ya que es posible utilizarla como herramienta en la medida en que la autoridad exprese debidamente por qué se alcanza con ella un monto adecuado de tarifa de interconexión.

El señor Ministro Franco González Salas señaló que habiendo escuchado la propuesta final del señor Ministro Aguilar Morales estará de acuerdo con el proyecto modificado, reservando su derecho para realizar alguna precisión o comentario en un voto concurrente.

Por otra parte, precisó que se está frente a un caso en el que se estudia la actuación de un órgano regulador al cual se le concede una tarea que debe desarrollar con un amplio margen de discrecionalidad, pero sin que le esté permitido incurrir en arbitrariedad en sus definiciones, indicando que este razonamiento debe gravitar en todo el proyecto, al considerarlo esencial para hacer juicios de constitucionalidad sobre actos y resoluciones de este órgano regulador y, quizás, sobre otros.

La señora Ministra Luna Ramos manifestó que si bien está de acuerdo en que el señor Ministro ponente Aguilar Morales realice una valoración diferente a la que se contiene en el proyecto, debe tomarse en consideración que, tratándose de la prueba pericial en el juicio de amparo, su perfeccionamiento se da con la del perito oficial, lo cual no implica que no se tomen en consideración las otras pruebas desahogadas por las partes. En este sentido, estimó que si alguna de las pruebas fueran contestes con el perito oficial, debe considerarse que existe una opinión oficial robustecida con lo establecido por los otros peritos, pero que en el caso de que no exista una coincidencia amerita que se realice una valoración de los otros peritajes, y se emita una determinación del juzgador sobre cuál es la que le produce mayor convicción.

El señor Ministro Presidente Silva Meza manifestó no participar de la propuesta del proyecto, en función de lo que ha venido desarrollando en su línea discursiva. Señaló compartir que se realice la precisión solicitada por el señor Ministro Franco González Salas, sobre la deferencia que debe tenerse frente a las resoluciones de un órgano regulador del Estado, a partir de que desde el punto de vista constitucional y legal, éste puede desenvolverse con una amplia discrecionalidad, la cual, sin embargo, no es ilimitada.

En este sentido, consideró que si bien debe tenerse deferencia hacia el órgano regulador, ésta no puede ser ilimitada ya que las resoluciones que emita están sujetas a

revisiones jurisdiccionales diversas, con base en el principio de legalidad y racionalidad, los que, en el caso, consideró rebasados, en tanto que se introducen cuestiones ajenas a un modelo de costos, sin que ello se razone a través de una metodología adecuada y congruente.

El señor Ministro Aguilar Morales indicó que lo que ha sostenido como propuesta del proyecto no se contrapone a la idea que el señor Ministro Presidente Silva Meza acaba de esbozar, considerando que la inclusión de la externalidad se justifica en atención a que persigue la disminución de tarifas y evitar que a ciertos concesionarios se les pudiera dar una tarifa de tal modo distinta que le genere un beneficio en relación con el mercado global, con lo que se evita una competencia indebida.

De esta forma, indicó que la fijación de la tarifa considerando el monto de la externalidad resulta razonable, en tanto que con ello se evitan distorsiones en el mercado, máxime que la tarifa resultante de ello no es exagerada ni completamente sin sentido, en tanto su monto responde a la uniformidad que quiere alcanzarse en relación con las tarifas que pagan otros concesionarios, máxime que la externalidad puede fungir como el elemento que permita a la autoridad ejercer su facultad rectora para fijar las condiciones del mercado que propicien ciertas conductas en los concesionarios.

Sometida a votación la propuesta del considerando décimo tercero del proyecto, consistente en declarar infundado lo manifestado por ***** en su revisión adhesiva en el sentido de que debe tomarse en cuenta que la externalidad de la red ya está incluida en el costo de interconexión que arrojó el modelo de la responsable, se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Gutierrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Sánchez Cordero de García Villegas y Pérez Dayán. Los señores Ministros Valls Hernández y Presidente Silva Meza votaron en contra. El señor Ministro Franco González Salas reservó su derecho para formular voto concurrente.

Por unanimidad de diez votos se acordó que esta votación y las siguientes serían definitivas.

El señor Ministro Presidente Silva Meza convocó a los señores Ministros para la Sesión Pública Ordinaria que se celebrará el martes veintiséis de febrero del año en curso, a partir de las once horas, y levantó esta sesión a las trece horas con cinco minutos.

Firman esta acta el señor Ministro Presidente Juan N. Silva Meza y el licenciado Rafael Coello Cetina, secretario general de acuerdos, que da fe.