

ÍNDICE.

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES 25 DE FEBRERO DE 2013

SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS

1

NÚMERO	ASUNTO	IDENTIFICACIÓN, DEBATE Y RESOLUCIÓN. PÁGINAS.
426/2010	AMPARO EN REVISIÓN promovido por ***** , Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable y otra, contra actos del Congreso de la Unión y de otras autoridades. (BAJO LA PONENCIA DEL SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES)	3A52 ENLISTA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

TRIBUNAL PLENO

**SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES
25 DE FEBRERO DE 2013.**

ASISTENCIA:

PRESIDENTE: SEÑOR MINISTRO:

JUAN N. SILVA MEZA.

SEÑORES MINISTROS:

**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 ARMANDO VALLS HERNÁNDEZ
OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO
ALBERTO PÉREZ DAYÁN**

**AUSENTE: SEÑOR MINISTRO:
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

(SE INICIÓ LA SESIÓN A LAS 11:55 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se abre la sesión pública ordinaria correspondiente al día de hoy. Señor secretario, sírvase dar cuenta, por favor.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Ministro Presidente. Se somete a su consideración el proyecto de acta de la sesión pública número veintitrés ordinaria, celebrada el jueves veintiuno de febrero del año en curso.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor secretario. Señoras y señores Ministros está a su consideración el acta con la que se ha dado cuenta, si no hay alguna observación, les consulto

si se aprueba en forma económica. **(VOTACIÓN FAVORABLE).**
ESTÁ APROBADA SEÑOR SECRETARIO.

Continuamos, por favor.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Si, señor Ministro Presidente. Se somete a su consideración el proyecto relativo al

**AMPARO EN REVISIÓN 426/2010.
PROMOVIDO POR ***** , SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL DE CAPITAL VARIABLE Y OTRA, CONTRA ACTOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN Y DE OTRAS AUTORIDADES,**

Bajo la ponencia del señor Ministro Aguilar Morales y conforme a los puntos resolutivos que proponen:

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 RADIOMOVIL DIPSA, SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL DE CAPITAL VARIABLE, EN CONTRA DEL ARTÍCULO 9-A, FRACCIÓN X DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA RED DE SOLUCIÓN 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.**

NOTIFÍQUESE; “...”

Cabe señalar que se ha dado cuenta con los puntos resolutivos que presenta el señor Ministro ponente, al que se retornó el presente asunto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor secretario. Señor Ministro Pérez Dayán.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Gracias señor Presidente. Señoras y señores Ministros, deseo –si ustedes me lo permiten– de manera previa a la discusión de este asunto, hacerles considerar la posibilidad o no de la existencia de algún impedimento en cuanto a mi persona.

Lo anterior lo digo en virtud de que los antecedentes del asunto nos revelan que el cinco de diciembre de dos mil siete, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito –el cual yo integré– dictó sentencia en el Recurso de Revisión 321/2007, confirmando la sentencia recurrida a través de la cual se concedió el amparo a Radiomovil Dipsa, Sociedad Anónima de Capital Variable, el nueve de enero de dos mil ocho, en cumplimiento de la citada ejecutoria de amparo, el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones emitió el Acuerdo P/090108/14, que es materia de impugnación en este juicio de amparo, esto es, es el acto reclamado en este procedimiento. Si bien es cierto que esta determinación, así como se ve, no es precisamente la que dictó el Tribunal, del cual formé parte, pudiera, en una eventual interpretación, considerar que surte el supuesto de la fracción IV del artículo 66; sin embargo, es por ello señor Presidente, que quisiera someter a la consideración de todos ustedes, esta posible causa de impedimento. Y lo hago principalmente porque hay ciertos temas que se recogieron en aquel inicial juicio, que se transformó luego en un cumplimiento de ejecutoria y en un nuevo acto, que son nuevamente abordados en el asunto que hoy tenemos a consideración, y que en muchos de ciertos aspectos, particularmente el de constitucionalidad de leyes, han generado ya discusión, y que finalmente tendrán una decisión a través de lo que este Tribunal Pleno considere al respecto. Es así,

señor Presidente, que someto a la consideración de este Alto Tribunal, la posibilidad o no de que se dé este impedimento. Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Pérez Dayán. Señoras y señores Ministros, yo quisiera poner en contexto esta duda que nos expresa el señor Ministro Pérez Dayán. Como es del conocimiento de todos, hemos venido a través de varias sesiones plenarias discutiendo este amparo en revisión. En ese debate acordamos de manera unánime, calificar nuestros votos como definitivos, esto es, a partir del análisis de cada uno de los temas, fuimos tomando decisiones definitivas. Los señores Ministros que ahora nos acompañan en esta nueva integración, en la discusión de este asunto, tienen ahora a su cargo, la obligación de asumir la definitividad de los temas tratados. Llegamos a un momento en el debate de ese asunto, donde se llegó a un punto donde el camino era una alternativa: O engrosar la resolución con los criterios que por mayoría se habían tomado o acudir a un engrose.

Tomamos la decisión aquí —también plenaria— de que no fuera el desechamiento, sino que se engrosara el asunto con el resultado de las votaciones definitivas que se habían tomado hasta ese momento, y que los temas pendientes, esos sí fueran motivo de retorno. Se encargó lo primero —el engrose— al señor Ministro Luis María Aguilar y también el retorno.

Es por ello, que el día de hoy él nos presenta y nos ha circulado ya con toda oportunidad, precisamente el análisis de los temas que quedaban pendientes a partir de lo votado que motivaba ese engrose. Se le encargó también del engrose que en su oportunidad habrá de ser revisado integralmente por este Tribunal Pleno.

Pero éste es el contexto donde someto a la consideración de las señoras y señores Ministros esta duda como la plantea el señor Ministro Pérez Dayán.

Señor Ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor Presidente. En primer lugar, creo que es muy importante que el Ministro Pérez Dayán haya hecho pública esta situación en la que él estima podría llegar a encontrarse. En segundo lugar, simplemente para recordatorio de todos nosotros y para armar la argumentación que voy a tratar de exponer, recordar que tenemos tesis ya firmes desde hace algunos años, en las cuales las causales de impedimento dentro del juicio de amparo, son exclusivamente las que prevé la Ley de Amparo y no la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y que con esas restricciones es como debemos acercarnos al tema.

En términos de lo que el propio Ministro Pérez Dayán plantea —a mi parecer— no se encuentra impedido en términos de la fracción IV del artículo 66 ni de ninguna otra ¿Por qué? Porque como él mismo nos lo relató, de los antecedentes de esos procesos, no ha tenido el carácter de autoridad responsable en el juicio de amparo ni emitió en otra instancia o jurisdicción la resolución impugnada.

Es cierto que por algunos avatares procesales tuvo algún tipo de incidencia en este proceso, pero eso —me parece— no califica como un impedimento en términos de una lectura estricta como la que hemos estado haciendo del artículo 66, para la calificación de un impedimento. Eso por una parte, y por otra parte señor Presidente en términos de lo que usted nos recordaba que es el contexto de discusión de este juicio, a mí me parece que cuando el Tribunal Pleno toma votaciones definitivas, los compañeros que se

van integrando o que en su momento por alguna razón ya estaban aquí, pero no participaron en las discusiones, tienen también que verse obligados por las votaciones que hemos ido tomando. De otra manera esta sería una forma realmente muy aleatoria de resolución de los asuntos que nos corresponde resolver.

Desde mi punto de vista entonces, no se encuentra impedido por no encontrarse en ninguno de los supuestos estrictos del artículo 66, fracción IV, de la Ley de Amparo, y me parece tendría el Ministro Pérez Dayán, en caso de que este Tribunal Pleno considerara que no se encuentra en impedimento partir de la discusión, en el punto en donde la encuentra al momento de incorporarse, que pues básicamente es como usted lo ha dicho, a partir de lo que hoy nos presenta el Ministro Luis María Aguilar. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Cossío Díaz. Si no hay alguna otra intervención vamos a tomar una votación, la votación se reducirá a si está o no incurso en causa legal de impedimento el señor Ministro Alberto Pérez Dayán. Tome votación señor secretario.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: A mi parecer no lo está.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: En el mismo sentido.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Igual.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: No lo está.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: Considero que no tiene impedimento el señor Ministro Pérez Dayán.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: No está en causa de impedimento en ninguno de los motivos o supuestos que establece el artículo 66 de la Ley de Amparo.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: No existe causa de impedimento.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: En el mismo sentido.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE SILVA MEZA: No está incurso, en causa legal de impedimento.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe unanimidad de nueve votos en el sentido de que el señor Ministro Alberto Pérez Dayán, no se encuentra incurso en causa de impedimento previsto en la fracción IV del artículo 66 de la Ley de Amparo ni alguna otra de este precepto para conocer del presente asunto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor secretario, resultado suficiente para que participe el señor Ministro Alberto Pérez Dayán.

Voy a dar la palabra al señor Ministro Luis María Aguilar Morales para efecto de la presentación del proyecto que somete a nuestra consideración.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: Gracias señor Presidente. Señoras Ministras, señores Ministros, en primer lugar, como ya lo mencionó el señor Ministro Presidente, me permito recordar que este asunto ha sido discutido por este Pleno en dos ocasiones previas, en diversas sesiones cada una de estas ocasiones, bajo dos ponencias distintas; en ambas se hicieron votaciones que en su momento se acordó serían definitivas.

Por ello, los temas que se votaron en estas condiciones y que alcanzaron votación definitiva se deben considerar como resueltos,

y por tanto, respecto de ellos se propondrá un engrose que estará en su momento sujeto a la discusión y análisis de este Tribunal Pleno.

Por ello, no se incluyen en la propuesta que ahora está a consideración los temas anteriores, porque no son ya motivo de la discusión que se inicia en este momento.

Debemos recordar que en la sesión del veinticinco de octubre de dos mil doce, este Pleno me encomendó la tarea de elaborar el engrose relacionado con los temas de externalidad de la red y de disminución gradual de las tarifas, por lo que en relación con dichos temas el engrose se elaborará conforme a lo discutido y aprobado por el Pleno en la votación definitiva que estará a su consideración en el futuro.

La propuesta que ahora propongo, que pongo a consideración de las señoras Ministras y señores Ministros, se ocupa exclusivamente de los temas que en aquella ocasión no se abordaron, creo que es pertinente no perder de vista que esta propuesta se entregó el doce de noviembre de dos mil doce, lo hice con el propósito de que no se interrumpiera la inercia que llevaba la discusión del asunto y se resolviera en breve, incluso pensamos que podía resolverse a finales del año pasado, con la anterior integración de este Alto Tribunal, lo que desde luego ya no fue posible por los requerimientos necesarios e inevitables del conocimiento de asuntos de este Tribunal Pleno, antes de abordar de nuevo este otro.

No se trata necesariamente de una propuesta novedosa, se ocupa de los temas que no se resolvieron hasta entonces, tan es así que los Considerandos Décimo Quinto y Décimo Sexto, en los que se aborda respectivamente lo relativo a medición del tráfico y tarifa

promedio ponderada y medida precautoria móvil, se presentan en los términos en que los había presentado a su vez el señor Ministro Ortiz Mayagoitia; es decir, propongo a ustedes el análisis de esa parte del proyecto que nos hizo favor de presentar el señor Ministro Ortiz Mayagoitia.

En este orden de ideas, y con el afán de dar claridad a la propuesta que someto a su consideración, me refiero a los temas aprobados por el Pleno hasta el veintinueve de octubre de dos mil doce, conforme a las actas correspondientes, y cada uno de estos aparece en el respectivo considerando:

En el Primero, la competencia de esta Suprema Corte para conocer del asunto.

En el Segundo, la cuestión de la caducidad de la instancia.

En el Tercero, la oportunidad de los recursos.

En el Cuarto, la legitimación de los promoventes.

En el Quinto, los actos reclamados materia de análisis en donde, por cierto, se decidió por mayoría de nueve votos la procedencia del juicio en relación con el artículo 9-A, fracción X, de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

En el Sexto, la determinación sobre la constitucionalidad del artículo 9-A, fracción X, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en donde se determinó y así se votó que es constitucional el artículo reclamado.

Es preciso agregar que los temas anteriores, con la salvedad del de caducidad de la instancia, se aprobaron desde febrero y marzo del

año pasado, por ello, el Ministro Ortiz Mayagoitia al presentar el asunto el doce de octubre de dos mil doce, así lo dijo, e incluso hizo hincapié en que su propuesta respecto de dichos temas era una propuesta de engrose nada más.

Los temas que ya no constituyeron engrose en la propuesta del Ministro Ortiz y que también se abordaron en los Considerandos siguientes, son los que a continuación les menciono:

En el Séptimo, la legalidad del Acuerdo P/090108/14, que constituye la resolución reclamada con la precisión de los temas materia de análisis, considerando que en su momento quedó encorchetado a petición de la Ministra Luna.

En el Octavo, los que se agruparon en el Considerando Octavo relativos a violaciones procesales específicamente: Primer punto, a las facultades de la COFETEL para determinar tarifas de interconexión y otras condiciones que no pudieron convenir los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones. Y en este Apartado, además, se abordó el tema de la libertad tarifaria, también en este Octavo como un segundo punto: La facultad del presidente de la COFETEL para dictar acuerdos de trámite. También, como un tercer punto: La imparcialidad del dictamen rendido por el perito de COFETEL.

En el Noveno Considerando, de la última propuesta ya del Ministro Ortiz, se hace una síntesis de las consideraciones esenciales de la sentencia recurrida, en lugar de hacer referencia al marco jurídico aplicable al servicio de interconexión, pues en el Considerando Noveno original, este Pleno determinó eliminar ese marco jurídico, y por eso lo sustituimos ahora con la propuesta del Ministro de hacer una síntesis de las consideraciones esenciales.

En el Décimo se aprobaron algunas consideraciones previas relacionadas con la necesidad de que los actos emitidos por la COFETEL como cualquier acto de autoridad, debe cumplir con el principio de legalidad, o sea, que debe estar fundado y motivado.

En el Décimo Primero, se determinó la imposibilidad jurídica para pronunciarse sobre la legalidad del modelo de costos de la COFETEL, en virtud de que así no fue combatido.

Y en el Décimo Segundo que fue donde de nuevo se me encargó inclusive hacer en ese momento el engrose, relacionado con las tarifas de interconexión, se aprobó el tema relativo a la externalidad de la red y el ajuste gradual de las tarifas. Hasta aquí han sido los temas que como señaló el señor Ministro Presidente, han sido votados en definitiva.

En virtud de las conclusiones alcanzadas en relación con el tema de externalidad de la red, fue necesario entonces analizar lo que hizo valer la empresa ***** en su revisión adhesiva, en cuanto a que según ella, ese concepto ya estaba previsto en el modelo de costos que utilizó la COFETEL para emitir la resolución reclamada en el juicio de amparo. Este es el primer tema que ocupa la propuesta del día de hoy, y que pongo a su consideración.

Como ustedes han visto, consideré por lo afirmado por la recurrente adhesiva *****, en el sentido de que el modelo de costos de la COFETEL ya contempla un margen por concepto de externalidad de la red, contrario a lo que ella sostiene, en la propuesta señalamos que no se acredita a partir de las periciales que obran en autos, y considerando que se trata de un amparo en revisión, señalamos que debe prevalecer, por lo menos, la presunción de legalidad de la resolución reclamada, porque los peritajes no son determinantes para sostener un criterio contrario.

El segundo tema que debe abordarse es el trato discriminatorio que hace valer la quejosa recurrente Radiomovil Dipsa, mi propuesta sobre el particular como ustedes ya lo han visto, es en el sentido de que no existe dicho trato discriminatorio, sino sólo un pronunciamiento de la autoridad competente, emitido, y esto lo subrayo, a partir de la situación específica de las concesionarias que sometieron su consideración el respectivo desacuerdo.

En este punto, creo que es indispensable hacer alguna precisión, cuando se alude en el proyecto al operador histórico, se está haciendo referencia exclusiva al caso concreto, al operador histórico en relación entre *****, no se trata de afirmar ni determinar que el operador histórico lo es en términos generales, y mucho menos, se pretende 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 Radiomovil Dipsa tenía poder sustancial en el mercado de la telefonía móvil, como se señaló ya en el Considerando Décimo Segundo del engrose, que se verá posteriormente. Conclusión, que se reitera en esta parte de la propuesta, como puede constatarse al principio del Considerando que se comenta. De tal manera, que esa frase del proyecto no tiene ni la pretensión de establecer ni una cualidad de dominancia que no le corresponde al Tribunal de amparo determinar, ni tampoco que la cuestión de su calidad histórica lo sea en todo el mercado global, sino únicamente como una realidad entre las dos empresas que están sometiendo o sometieron su desacuerdo a la COFETEL.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la COFETEL 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 Telecomunicaciones; por ello, en cada desacuerdo se

debe analizar la situación específica, concreta, real y actual de las concesionarias que someten a su consideración el desacuerdo respectivo; 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 el acuerdo tendría que sustentarse en la realidad de cada empresa y en sus diferencias inevitables.

Ello no querría decir 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 desde luego, puesto que habrá que reconocer las diferencias que cada uno tiene, sin que signifique –según la propuesta que les hago– un trato desigual, sino un trato específico a las condiciones específicas de cada caso en particular y de las empresas involucradas en ello.

Asimismo, la COFETEL cuenta con facultades para establecer al concesionario de redes públicas que tenga poder sustancial en el mercado relevante, obligaciones específicas conforme al artículo 63 de la ley; sin embargo, este no es el caso que nos ocupa, no se está partiendo de las condiciones ni de la declaratoria a que se refiere este artículo 63; en este caso, lo que dio lugar a la emisión de la resolución reclamada fue un desacuerdo de los previstos en el artículo 42 de la ley de la materia y no en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 63, con las obligaciones que se pueden imponer a un proveedor que tenga esas características; en este caso no es así ni se parte de ese supuesto para hacer el análisis correspondiente.

En el anterior orden de ideas, toda vez que no todos los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones tienen las mismas características –obviamente las empresas son distintas entre sí– no es posible pretender que se resuelvan de la misma

manera todos los desacuerdos que se presentan ante la responsable, ni por la autoridad COFETEL, ni aun por los convenios que se lograran entre los concesionarios, que tendrán que tomar en cuenta desde luego las realidades de cada empresa.

Por último –y no es menos importante– es que si se determinara que el trato fuera desigual y que debiera haber sido otro, ello seguramente llevaría a modificar el modelo considerado por la autoridad, que ya se consideró en votación definitiva como fuera de la materia de litis en este amparo.

Los temas que a continuación habrán de decidirse son los relativos a medición del tráfico y tarifa promedio ponderada y medida precautoria móvil; temas que, como lo señalé al principio de esta intervención, los pongo a su consideración en los términos precisos en que lo hizo el proyecto del Ministro Ortiz Mayagoitia.

En relación con medición de tráfico, 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.”

Al declararse fundado el agravio respectivo –en el sentido de que indebidamente la juez hizo o tomó esa determinación– se analizan los agravios que hizo valer la COFETEL, en especial lo que adujo en cuanto a que la variación en la forma de medir el tráfico traería aparejada una modificación al contenido de los elementos del modelo de costos; además, destaca en la propuesta de la COFETEL que en ejercicio de sus facultades rectoras y atendiendo a las políticas de Estado –que este Pleno ya le ha reconocido en ocasiones anteriores– 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.

Bajo estos lineamientos la propuesta es en el sentido de que la COFETEL sí razonó adecuada y suficientemente su determinación y además agrega que se llega a esa conclusión tomando en cuenta que así fue como elaboró su modelo de costos, que como ya les dije, ya fue determinado, no es posible analizar.

Por otra parte, en atención a lo que hizo valer ***** en la revisión adhesiva que también se estudia a partir de la determinación de la externalidad de la red, 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, se propone que la resolución reclamada goza de la presunción de legalidad, por lo que en todo caso correspondía a dicha quejosa probar lo contrario, lo que no hizo.

Sin embargo, debo aclarar que esta parte de la propuesta también coincide con las que nos propuso el señor Ministro Ortiz Mayagoitia y lo pongo a la consideración de ustedes en ese sentido.

Y finalmente, la tarifa promedio ponderada y medida precautoria móvil, en la sentencia recurrida, la juez de Distrito otorgó el amparo a Radiomovil Dipsa respecto de la tarifa promedio ponderada 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.

Destaca en la propuesta que la tarifa promedio ponderada del servicio y la medida precautoria móvil, se implementaron en virtud

de lo solicitado por ***** a la Comisión 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 —o sea a la de interconexión— 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.

Lo anterior, con la finalidad de que se impida la proliferación de prácticas orientadas a ofrecer a los usuarios móviles tarifas inferiores a la tarifa 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 para la propuesta que les estoy mencionando, clara contravención a la competencia leal.

En la propuesta se concluye que contrario a lo que aduce Radiomovil Dipsa, 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 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 comprender al menos las mismas tarifas que aplican a los servicios de interconexión que prestan a otros operadores, siendo pertinente recordar que esta medida se estableció por el Legislador para asegurar que los servicios de telecomunicaciones se proporcionen en un entorno competitivo.

Es claro entonces que el hecho de que la tarifa promedio ponderada no esté prevista expresamente en la ley, por sí es un suficiente para estimar que la resolución impugnada es violatoria de garantías de legalidad y seguridad jurídica, 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 Radiomovil Dipsa 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 hace el acuerdo o se determina el acuerdo de pago de tarifa de interconexión de ***** con ***** cobrara a sus usuarios menos, es obvio que la empresa interconectada no podría ofrecer tarifas menores a las que tiene que pagarle a la empresa con que se interconecta.

En cuanto al mecanismo para calcularla, se concluye que tampoco es contrario a los principios del artículo 16 constitucional, porque las tres primeras variables no son ambiguas ni imprecisas, y respecto a la cuarta variable, debe estimarse que la omisión de señalar cuáles son los ponderadores que la Comisión fijará en su momento, se justifica en virtud de que tal como lo refiere la responsable en sus agravios, para lograr el fin pretendido –o sea, garantizar una sana competencia– 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. Todo esto, en el sentido de que la autoridad está obligada a propiciar y favorecer la sana competencia.

Finalmente, se agrega que la medida precautoria móvil, es solamente una previsión para situaciones futuras e inciertas y que hasta la fecha –por cierto– no se ha aplicado. En términos generales, señor Presidente, señoras Ministras, señores Ministros, es la propuesta que someto a su consideración.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Luis María Aguilar Morales.

Voy a poner a su consideración señoras y señores Ministros, el contenido del Considerando Décimo Tercero de esta propuesta, relativo a los agravios que se hicieron valer en la revisión adhesiva en relación con la externalidad de la red. Está a su consideración el planteamiento del proyecto, del cual nos ha hecho esta presentación en este Apartado el señor Ministro ponente. Señor Ministro Cossío Díaz, tiene usted la palabra.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor Presidente. Yo en principio, estoy en desacuerdo con este punto.

Al resolver en la sesión del veintinueve de octubre de dos mil doce, la revisión principal, lo que sostuvimos –si yo no entendí mal– es que la COFETEL sí podría incluir, o incluyó de hecho en su resolución, tanto lo relacionado con los costos que se derivaban de su modelo, como lo relativo a las externalidades, entonces, que ambas condiciones podrían subsistir en la misma resolución.

Ahora, al contestarle a ***** su revisión adhesiva, estamos diciendo –si yo no entiendo mal– en las páginas nueve y diez, que no es posible determinar que estas externalidades o mal llamadas externalidades, pueden ser incorporadas en la resolución reclamada. Esto me parece que genera una diferencia importante entre el Considerando Doce y el Considerando Trece, si es que yo

no lo estoy entendiendo mal –insisto– y esta diferencia de los elementos que pueden formar parte en una y en otra, me genera esta duda que dejé planteada señor Presidente. Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Cossío Díaz. Señor Ministro Sergio Valls Hernández, tiene usted la palabra.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Gracias señor Presidente.

En este punto, el Considerando Décimo Tercero, yo no estoy de acuerdo con la consulta, pues en primer lugar considero –y lo digo con todo respeto para el señor Ministro ponente– 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, ya que por un lado, en el Considerando Décimo, se nos propone, interpretando el artículo 151 de la Ley de Amparo, que la prueba pericial en el juicio de amparo no es colegiada, dado que el único peritaje indispensable para su integración y desahogo, es del perito nombrado por el juez de Distrito, haciendo suya para robustecer el punto, la Jurisprudencia 2/J.81/2011, de la Segunda Sala de este Alto Tribunal, criterio y sentido con el que estoy absolutamente de acuerdo. Sin embargo, en el Considerando Décimo Tercero que estamos analizando, al referirse a las pruebas periciales, estimo que esto se hizo como si fuera una prueba colegiada, desestimando el valor que se le debe dar al perito oficial, mismo que conforme a la referida Jurisprudencia, su imparcialidad le confiere un grado mayor de convicción.

Es por esto, que en esta parte estoy en contra de la consulta. Aunado a lo anterior, he de mencionar que contrario a lo que sostiene el proyecto, considero que el dictamen del perito oficial

genera plena convicción en el sentido de que el modelo de costos de la COFETEL, que dicho sea de paso fue consentido por las partes, contiene ya establecida una prima de externalidad.

Luego entonces, al no existir razones ni justificaciones de la COFETEL para imponer una doble externalidad y que esta ya fue contemplada y consentida por las partes en el modelo de costos, es que considero que a la recurrente ***** , en este apartado le asiste la razón.

Por tanto, mi voto es en contra del proyecto. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Valls. Ha pedido la palabra el señor Ministro Luis María Aguilar, ponente, le pediré al señor Ministro ponente que escucháramos a los demás Ministros.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: Sí, era por la percepción del señor Ministro Cossío, pero está bien.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor Ministro.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: Yo analicé la resolución de COFETEL, y a mí me parece que la externalidad no se encuentra incluida en el modelo de costos; es decir, hay que distinguir qué es un costo de qué es una externalidad. Los costos típicamente se dividen en dos: Costos fijos, costos variables. El costo fijo es aquel costo que no incrementa o disminuye con relación a la cantidad de producción que está llevando a cabo la

empresa. El costo variable es el que sí se modifica según el nivel de producción de la empresa. Y una externalidad es una actividad que genera un beneficio o un perjuicio a un tercero, quien no es remunerado o no es cobrado por ese beneficio por esa actividad.

En el caso concreto, la externalidad se trata por separado del modelo de costos y se agrega al cálculo de la tarifa.

Ahora bien, coincido con el proyecto en el sentido de que me parece que no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto. Efectivamente los peritajes no son concluyentes y debemos de partir de una presunción de legalidad.

Y por último, creo que ya está resuelto que el modelo de costos no puede ser revisado en esta instancia al no estar controvertido. Muchas gracias Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena. Señora Ministra Sánchez Cordero, tiene la palabra.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Sí, gracias señor Ministro Presidente. En la misma línea que el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, yo también con toda oportunidad les hice llegar mi opinión. Yo también estoy de acuerdo con el proyecto, en razón de 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 –como lo señalaba el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena– reclamada, no quedó desvirtuada, amén de que como ya lo manifesté en intervenciones anteriores, corresponde a ese órgano especializado el establecer las medidas como la externalidad, a efecto, conforme lo indica la propia autoridad, de

adoptar un esquema –y así lo dice la autoridad– gradual de disminución de las tarifas de interconexión, al estimar que la orientación a costos inmediata, pura y simple, tendrá consecuencias negativas para los concesionarios y para los usuarios, decisión esta última que este Tribunal Pleno consideró suficientemente fundada y motivada, dado el margen de espacio de deferencia en cuestiones técnicas de que goza este órgano regulador al analizar el tema de la externalidad de la red. Gracias Presidente, comparto el sentido del proyecto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señora Ministra. Continúa a su consideración. Tiene la palabra el señor Ministro Aguilar Morales.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: No, es que nada más quería yo señor Presidente, nada más en relación con lo del Ministro Cossío, para aclarar, no es que estemos determinando que no es posible que estén dentro de la misma resolución, aquí el argumento es que la externalidad, ya determinó COFETEL, y pareciera –según esa es la argumentación– que la externalidad también estaba ya dentro del modelo de costos, de tal modo que se duplicaba la externalidad de la red, una determinada por la COFETEL y otra incluida de por sí, probablemente en el modelo de costos. Ese nada más sería el enfoque señor Ministro Cossío.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señor Ministro Cossío, tiene la palabra.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor Presidente. Yo la cuestión que tenía, la vez pasada dije que entiendo el concepto económico como se maneja y lo mencionaba ahora el Ministro

Gutiérrez, en cuanto a externalidad, pero yo, desde la vez pasada, creo que aquí no hay ninguna externalidad, aquí me parece que hay un subsidio por las razones sociales que la propia ley, para abreviar, para no quitarles el tiempo que se está generando; entonces, creo que sí hay una diferencia muy importante entre costo y subsidio, ésa sería una cuestión.

Ahora, si la cuestión es simplemente argumentativa y se aclara que en la resolución eventualmente se pudieran incluir tanto el costo como el subsidio en términos de lo que ya se resolvió en el 12, yo no tendría ningún inconveniente porque con esto quedaría satisfecha mi posición, y adicionalmente a lo que se prevé en el último párrafo, antes de entrar al siguiente Considerando, -al 14- en el sentido de que no es necesario, si se hiciera esa precisión yo no tendría inconveniente en votar con el proyecto señor Presidente, muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Cossío. Señora Ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor Presidente. En esta parte del proyecto lo que se está pretendiendo determinar es si en el modelo de costos COFETEL incluye o no la externalidad; la idea fundamental es que si ya está incluida dentro del modelo de costos, entonces estaría prácticamente haciéndose una doble aplicación de externalidad porque está incluida en el modelo y porque además se está agregando en otra parte de la resolución un porcentaje.

Acá lo que se está manifestando en la resolución que ahora pone a la consideración el señor Ministro ponente es el análisis de las periciales, que son las que a través de las preguntas que se contestan por los peritos relacionados, se determina de manera

técnica porque éste es un problema en realidad muy, muy técnico para poder nosotros estar en aptitud de determinar si efectivamente la externalidad está o no ya incluida en el modelo de costos.

Y aquí el proyecto del señor Ministro Luis María Aguilar parte, primero de la situación de que estamos en presencia, como él ya lo había manejado de una resolución que tiene presunción de validez por ser un acto de autoridad y que necesita en todo caso ser desvirtuado por la impugnación correspondiente para en un momento dado restarle esa presunción de validez; y por otro lado, el análisis de las periciales, y aquí es donde yo tengo un diferendo con la forma en que se plantea este análisis de las pruebas periciales.

En el proyecto lo que se nos dice es: El perito que lleva a cabo el análisis por parte de *****, coincide de alguna manera con el peritaje que se lleva a cabo por el perito oficial, y tomando en considerando que dos de los cuatro peritos están opinando en el mismo sentido, esto hace que no haya convicción en relación con las otras pruebas. ¿Qué quiere esto decir? Que de alguna manera le está dando al análisis de la pericial una forma de análisis colegiada, como si estuviéramos más bien en presencia de una prueba pericial establecida por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en la que, 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, entonces 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.

Sin embargo, en la prueba pericial que se ofrece en términos del artículo 151 de la Ley de Amparo, la razón de ser de la prueba y del perfeccionamiento de ésta es muy diferente a la que se establece en el Código Federal de Procedimientos Civiles; en el artículo 151 de la Ley de Amparo la idea fundamental es que debe de existir un

peritaje oficial, con el cual la prueba pericial queda perfectamente perfeccionada sin perjuicio de que las partes eventualmente puedan llegar a ofrecer su peritaje, y que en el peritaje de las partes pudiera en un momento dado desvirtuarse incluso el peritaje del perito oficial, para el perfeccionamiento de la prueba no es necesario que se aduzcan, o que se hagan valer o que se desahoguen las pruebas de las partes, si éstas las presentan y se desahogan por supuesto que se toman en consideración, pero el perfeccionamiento de la prueba basta con el peritaje del perito oficial.

Entonces, el análisis no puede ser de manera colegiada como se está formulando en el propio proyecto, de alguna manera esto establecido en un criterio que la Segunda Sala ya determinó respecto de la pericial en el amparo, cuál es la forma en que se debe de analizar esta prueba, y estamos en la idea de que no se trata de una prueba prácticamente colegiada; entonces, yo aquí me aparto un poco del proyecto en la forma en que se está llevando el análisis y valoración de las pruebas periciales. Ahora, ¿qué es lo que sucede ya una vez analizadas estas pruebas periciales? ¿A qué conclusión se puede llegar? Si nosotros vemos las pruebas periciales que se han desahogado y sobre todo si tomamos en consideración específicamente algunas preguntas relacionadas con que si se encuentra o no establecida dentro del modelo de costos la externalidad, llegaríamos a la conclusión, si nosotros vemos el peritaje del perito oficial, en la pregunta siete original, nos dice: “Que diga el perito con base en la teoría económica y el análisis realizado del modelo de costos, si en dicho modelo utilizado por la Comisión Federal de Telecomunicaciones en el cual se fundamentó para resolver la tarifa de interconexión entre ***** y *****”, está previsto calcular la tarifa de interconexión de manera que ésta incluya el costo de interconexión, el margen de externalidad y los casos operativos”. La respuesta es: “Según el análisis realizado por este perito, el modelo de costos utilizado por la COFETEL, incluye

el costo de interconexión, el margen de externalidad y los gastos operativos”. Establece ahí un cuadro, estableciendo los porcentajes, y luego dice: “En el modelo se definen los supuestos por el cálculo de los costos, bajo el entendido de que se presenten en el EMPU, con la finalidad de establecer las tarifas de interconexión, tal y como se demuestra en el modelo de costos de COFETEL y ya antes expuestos en la pregunta número cuatro”. Y luego, en la parte que se adiciona de este peritaje, se dice en la pregunta número cuatro. Con base en la teoría económica, el perito determinará si el modelo utilizado por COFETEL considera un margen para la recuperación de los costos comunes compartidos y de externalidad de red para los distintos servicios que considere el comportamiento inverso a la elasticidad, precio de cada servicio y señalará qué implicaciones tiene la anterior en el bienestar social según la teoría Ramsey y Princem” y la respuesta es: “El modelo sí considera un margen total que se conforma por dos rubros que se incluye en uno para la recuperación de los costos comunes y compartidos, y otro de externalidad de la red; si bien es cierto que los costos comunes y compartidos son directamente proporcionales a la elasticidad de la demanda de los diversos servicios, también es cierto que para conocer los costos comunes y compartidos, no es necesario determinar la elasticidad de precio de la demanda de esos servicios, los costos comunes y compartidos fueron estimados mediante tal metodología y por medio del cual se trata de recuperar los costos comunes y compartidos y la externalidad de red calculada en el modelo de costos presentado por COFETEL; La información que usó el modelo de la COFETEL es resumida en los siguientes aspectos”. Y ya va dando porcentajes y va señalando cada uno de ellos. La pregunta número trece dice: “El perito determinará con base en la teoría económica, qué margen sobre el costo incremental de largo plazo es utilizado por el modelo de COFETEL para la incorporación de costos comunes y externalidad de red, para la determinación de la tarifa de interconexión, y señalará si dicho

margen fue estimado mediante la metodología EMPU y Ramsey y Princem” viene la respuesta que dice: “Según se observa en el modelo, el margen sobre el costo incremental de largo plazo, el siguiente cálculo en el siguiente cuadro”. Y bueno, nos va dando los porcentajes en cada uno de los tipos de metodología, y luego dice: “Para el año dos mil cinco, el marco total calculado fue de 23.19%; en dos mil seis, 23.32%; en dos mil siete, fue agregado un 23.46%”. La pregunta número quince dice: “El perito determinará cómo se estimó en el modelo de COFETEL el denominado EMPU y señalará si se aplica correctamente en términos de la teoría económica, y si se considera el concepto de externalidad de red”. La respuesta es: “Como se señaló en la respuesta anterior, en el modelo de COFETEL se refleja la externalidad de la red mediante estimaciones porcentuales explícitas, representadas por márgenes de 8.19% en dos mil cinco; 8.32% en dos mil seis, y 8.43% en dos mil siete.

La pregunta 18 dice lo siguiente: Con base a las respuestas anteriores el perito determinará si en el modelo de COFETEL se incorpora de manera explícita el concepto de externalidad de red, en la tarifa de interconexión “el que llama paga” y señalará si los costos comunes, entendidos estos últimos, como los costos administrativos comunes a todos los servicios, excluyendo costos de atención a clientes y de mercadotecnia y publicidad incorporados de manera explícita en la misma.

Si la información que se presentó en el modelo de la COFETEL fue empleada para calcular el costo incremental a largo plazo, el cual fue aplicado un margen adicional *mark up* total en donde fueron calculados tanto –esta es respuesta ya del perito- tanto los costos comunes y compartidos así como la externalidad de la red, la proporción que cada uno de estos dos últimos rubros representa dentro del *mark up* total está gráficamente descrita en el cuadro de la respuesta anterior.

Esto que señala el perito oficial, de alguna manera existe una coincidencia con el perito de *****, pero debo señalar una situación que me parece también importante, en cuanto a ¿cuál es la repercusión que se puede dar en que sea el perito oficial el que determine que efectivamente dentro del modelo de costo está incluida la externalidad?, de que está incluida al menos por este perito oficial, pues creo que no queda la menor duda después de las repuestas que les he leído; sin embargo, aquí lo importante es: qué es lo que se dijo en la resolución y hasta dónde se toma en consideración lo dicho por la resolución de COFETEL, en relación con esta externalidad, cuáles son las consecuencias que nos puede dar el que se haya determinado por el perito oficial que en realidad se encuentra incluido en el modelo de costos la externalidad.

La resolución reclamada para incrementar las tarifas por encima del modelo de costos proporcionó unas razones que son importantes señalar, si nosotros vemos en la página cincuenta y tres de la resolución se dice: De lo anterior esta Comisión advierte, se debe considerar la externalidad de red, en el establecimiento de las tarifas de interconexión, el adoptar un esquema gradual es conveniente en aquellos mercados donde la orientación a costos inmediata tendría consecuencias negativas para los concesionarios y los usuarios, y es necesario establecer una tarifa de interconexiones basada en costos al final del período de ajuste – esto es importante- entonces, qué quiere decir, que debía tomarse en cuenta la externalidad -de alguna forma se dice en la resolución- y que debía hacerse un ajuste gradual a partir de los acuerdos vigentes -incluso con otros operadores que ya se habían realizado- hasta llegar a los costos, el primer factor impedía de alguna manera, incrementar las tarifas sobre el modelo de costos porque este se demostró pericialmente, que ya se incluía en el modelo económico, lo cual lleva a prescindir de esa justificación porque pericialmente no

se encontraron elementos probatorios que de alguna manera lo sustentaran; sin embargo, esta violación es suficiente o no, para poder determinar que con esto basta para poder conceder el amparo, y determinar que sí está incluido el modelo de costos o en realidad si debe de analizarse de manera integral la resolución para en todo caso determinar si están realmente objetadas las otras razones que se dieron dentro de la propia resolución de COFETEL, lo que sucede es que en la resolución pudo haberse prescindido de etiquetar el incremento tarifario como externalidad, pudo haberse incluso quitado esta situación, y debió limitarse a sustentar su resolución en el razonamiento de que la decisión del desacuerdo, no debía probar que el operador fijo ***** quedara en una posición de ventaja frente los demás operadores del mismo servicio, cuestión que COFETEL expuso en la página cincuenta y cuatro de su resolución.

Esto a mí me parece muy importante, dice: En este orden de ideas, la Comisión reconoce que ***** ha suscrito con diversos concesionarios, convenios de interconexión, pactando una tarifa de interconexión, de 1.71 pesos para dos mil cinco; 1.54, para dos mil seis; 1.39, para dos mil siete, mismas que le han permitido realizar inversiones en infraestructura, y proyectar sus planes de negocios y esquemas tarifarios, en beneficio del mercado. —Esto lo dijo expresamente COFETEL— entonces no es extraño que las decisiones jurisdiccionales y por extensión las administrativas de la autoridad que ha de decidir un conflicto, determinen que se advierte una violación, pero no puede dictar una resolución que lleve a otra que traiga consecuencias de igual o peor naturaleza, si esto involucra lo que de alguna manera se ha dicho, en relación con otros operadores, y que ponga en desventaja a los otros que sí ya han convenido ciertas tarifas, en relación con la que se estaría dando en este caso concreto, y tenemos muchísimas tesis que de alguna manera, en esta Suprema Corte de Justicia de la Nación,

hemos determinado que no puede, en un momento dado, establecerse algo que desfavorezca o que ponga en desventaja a quienes están participando en el mismo problema.

Si la COFETEL hubiese optado por asignar a la operadora fija, ***** , 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 habían venido trabajando con tarifas superiores con la misma compañía de telefonía móvil, Radiomovil Dipsa, resultaría un contrasentido que la propia autoridad beneficiara solamente a un corporativo, o solamente a ***** , que no llegó a un acuerdo tarifario con aquélla; de esta manera, 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 la fijación de las mismas, 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, ya que éstas 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 la resolución reclamada —según nos informa la página cincuenta y cuatro— que ***** ha suscrito con diversos operadores, diversos de ***** , tarifas del orden de 1.71, para dos mil cinco; de 1.54, para dos mil seis; de 1.39, para dos mil siete; siendo que el modelo de costos cuya aplicación se pretende por ***** , arrojó cuotas de .71, .74 y .78, para los mismos períodos; si vemos incluso, la resolución que se está combatiendo en el siguiente asunto, que vamos a analizar, que es el del señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, ahí veremos que la resolución que se le dicta a Telefónica ***** , si no mal recuerdo, es de 1.71, para dos mil cinco; de 1.54, para dos mil seis; y de 1.23, para dos mil siete; es aquí donde está realmente el diferendo en el

último año, pero en los demás, está siendo prácticamente exactamente igual a la de acá.

Lo anterior refleja diferenciales que ascienden a las cantidades de un peso; de ochenta centavos; y de sesenta y un centavos, lo cual equivale, en términos porcentuales significativos de ahorro para ***** , de un 58%, 51%, y 43%, en números redondos, respecto de los mismos períodos, cifras que no podrían economizar los demás operadores fijos.

Una cuestión que incluso debería ser 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 una concentración que en la especie formalmente no se ha declarado, no se puede corregir con otra de naturaleza prácticamente igual. No les leo el artículo 28 pero de alguna manera está establecido. Y luego, hay algunas tesis que no viene al caso también señalar, pero que hemos mencionado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no es el caso permitir el amplio desarrollo de nuevos concesionarios y servicios de telecomunicaciones fomentando la sana competencia, esto se dijo incluso en la tesis en la que yo no participé, que fue cuando se negó la suspensión, pero ¿por qué la traigo a colación? Porque aquí lo que se hizo fue una interpretación también del artículo 28 y fue lo que en ese momento, la mayoría de este Pleno opinó al respecto.

Consecuentemente, a pesar de que en autos quedó demostrada que la externalidad no fue la causa del incremento de las tarifas por encima del modelo de costos, porque bueno, los peritos ya fueron de alguna manera, al menos el oficial, está determinando que sí

está incluida, esta deficiencia no conduce a la concesión del amparo para ajustarlas a los resultados de este estudio económico, ya que el diverso motivo que da sustento a la resolución de COFETEL, consiste en la intención de estandarizar el precio de los mismos entre los diversos operadores, es una consideración atendible en su momento, y también atendible ahora para negar en todo caso la protección constitucional, pues por encima del interés particular se encuentra el mandato del artículo 28 constitucional, que obliga a la autoridad administrativa y ahora 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.

Considero que el proyecto, incluso en su último párrafo, está de alguna manera haciendo referencia a esto, porque dice: Sobre todo, si se tiene en cuenta que en ejercicio de sus facultades, la Comisión, cuidando el mercado, decidió adoptar un esquema gradual de disminución de las tarifas de interconexión, al estimar que la orientación a costos inmediata, pura y simple, tendría consecuencias negativas para las concesionarios y para los usuarios. En resumen, la objeción del proyecto estriba en que no reconoce que pericialmente se demostró que el modelo de costos de COFETEL ya incluía un valor para la externalidad, lo cual además me atrevo a decir, que se obtiene del simple sentido común, porque no es 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 0.71 centavos, conforme al modelo y, en 1.71, según el de COFETEL, pues sorprendentemente tendría un valor superior ese sobreprecio que el servicio mismo, lo cual es contrario a la lógica, pero al final de cuentas, a mí lo que me importa señalar es: Es cierto que dentro de las periciales se está cuando menos afirmando técnicamente sin que haya una oposición técnica tajante, que pudiera llevarnos a una

convicción diferente, que la externalidad sí está incluida dentro del modelo de costos; sin embargo, del análisis de la misma resolución que establece COFETEL, en la que determina cuál es el costo de las tarifas de interconexión, lo cierto es que no es el único motivo que lleva a cabo para poder determinar este costo, sino el ajuste que está llevando a través de ir reduciendo estas tarifas hasta llegar a los costos respectivos, y que de alguna manera esto fue lo que consideró bien o mal COFETEL que era conveniente, para que en un momento dado se fueran unificando las tarifas, de tal manera que nadie se viera, de los operadores, beneficiado de una forma desproporcional frente a los otros, para que se diera de alguna forma la posibilidad de que las tarifas tuvieran cierta uniformidad, no exactamente igual, porque ustedes saben que ésta depende de muchas otras circunstancias, pero sí que se diera de alguna forma, la cercanía entre la fijación de cada una de ellas con los operadores que ya habían incluso con anterioridad aceptado esta posibilidad. El hecho de reducir en un porcentaje tan alto las tarifas que ahora se pretenderían con la concesión de este amparo, serían notablemente reducidas, estamos hablando de más del 50% y en el caso menor de cuarenta y tantos por ciento, en el que sí se pondría en una situación de discriminación muy fuerte en relación con los demás operadores.

Por estas razones, señor Presidente, señora y señores Ministros, en esta parte del proyecto, yo coincido con la propuesta del señor Ministro Luis María Aguilar, pero por las razones que he manifestado en este momento. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señora Ministra Luna Ramos. Vamos a un receso y regresamos en quince minutos.

(SE DECRETÓ UN RECESO A LAS 13:00 HORAS)

(SE REANUDÓ LA SESIÓN A LAS 13:20 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Vamos a continuar. Está a su consideración. Señor Ministro Pardo Rebolledo.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: Gracias señor Presidente. Quisiera expresar mi opinión en relación con el punto que se debate, que es al que se refiere este Considerando Décimo Tercero del proyecto que analizamos. Desde luego que el tema de discusión de acuerdo con el planteamiento de la recurrente ***** , en la revisión adhesiva, es si el concepto de externalidad está tomado en consideración dos veces dentro de la tarifa que fija en este caso la autoridad responsable que es COFETEL. Yo quisiera hacer algunas reflexiones: En el considerando que analizamos se hace precisamente la valoración de la prueba pericial ofrecida en el juicio de amparo indirecto, y si bien soy consciente de las tesis de esta Suprema Corte de Justicia, o de alguna de sus Salas, en donde se establece que en el juicio de amparo indirecto la prueba pericial se integra exclusivamente o se desahoga exclusivamente con el perito oficial, esto no puede llevar al extremo de decir que la opinión del perito oficial sea vinculatoria para el juzgador, me parece que es un medio de prueba, el perito es un auxiliar en la administración de justicia, y finalmente su opinión deberá pasar por el tamiz y por la revisión del propio juzgador.

Partiendo de estas bases, yo comparto, en principio, la propuesta del proyecto de acuerdo con los siguientes argumentos: La propia autoridad responsable, la COFETEL, expresó en la resolución reclamada que utilizaba una metodología llamada TSLRIC, y que en esta metodología se debe considerar la inclusión de un margen para la recuperación de costos comunes y compartidos; es decir, esta metodología toma en cuenta los costos propios, en este caso de la red con la que se va a hacer interconexión, y además los costos

comunes y compartidos, y señala la propia COFETEL en su resolución que también existe un concepto denominado “externalidad de la red” el cual puede o no ser incluido en la tarifa, no en el modelo de costos, en la tarifa, y aclara: No como parte del modelo de costos. También se describen en la resolución los costos que se tomaron en cuenta en este modelo el TSRLIC, y estos costos, según la resolución, son costos del equipo y gastos asociados con la ingeniería, amueblado e instalación de equipo, costos anuales asociados a cada elemento de la red, costos compartidos y costos comunes. Estos son los conceptos que abarca el modelo de costos que utiliza la COFETEL en su resolución.

En relación con los costos comunes, señala la propia COFETEL que utiliza la metodología EPMU para calcularlos, y que esta metodología no es aplicable para el tema de la externalidad de la red.

Estos son los argumentos que da la autoridad responsable y vienen los dictámenes periciales tanto de la propia COFETEL como de las partes y el perito oficial.

A mí me parece, después de hacer un análisis detallado de estos peritajes, y sin pretender que sea una prueba estrictamente colegiada, pero si están desahogados los dictámenes en el juicio de amparo indirecto, tiene que ser materia de pronunciamiento por parte del juzgador, ya sea para valorarlos o desvirtuarlos. Yo comparto al final la aseveración que se hace en el proyecto en el sentido de que no me parece concluyente ni debidamente sustentada la conclusión a la que llega el perito oficial, esto se demuestra en parte, porque hay peritajes que sostienen puntos de vista contrarios, y por otra parte, porque contradice lo que expresamente señaló la autoridad responsable, COFETEL, al explicar cómo es que llega a la tarifa correspondiente, esto, aunado

a que si tomamos en consideración: Primero, que por mayoría de este Tribunal Pleno se estableció que el modelo de costos no podía ser objeto de análisis; segundo, que este propio Tribunal Pleno por mayoría de votos estableció que era correcto que la COFETEL hiciera uso del concepto de externalidad para fijar la tarifa correspondiente, y en tercer lugar –insisto– que desde mi punto de vista, no encuentro debido sustento, incluso técnico, desarrollado en el dictamen 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, lo cual de inicio me parece ilógico porque el modelo de costos toma en cuenta precisamente esa categoría “costos”.

Y el tema de la externalidad es un factor adicional, que en este caso utilizó la propia COFETEL, precisamente motivándola en lo que leyó hace un momento la señora Ministra Luna Ramos, determina con el modelo de costos cuál es la suma de estos costos, y llega a la cantidad de setenta y un centavos por minuto; y luego de ahí, eleva la tarifa hasta uno punto setenta y uno, diciendo que eso es por concepto de externalidad, y la motivación de ese incremento y de ese tamaño de la externalidad, se da precisamente porque dijo: aquí hay una tarifa generalizada en el sector, y si yo le fijo a este operador una tarifa menor solamente con base en los costos, voy a generar una desigualdad, y esto no va conforme a la sana competencia que es una de las prioridades en el funcionamiento del órgano regulador. Creo que esa es la motivación: emparejar la tarifa con la que estaba imperando con el resto de los operadores, y no darle una situación de privilegio a uno de ellos.

Ahora, como se le llame, si es externalidad, si puede ser subsidio, o como decía la señora Ministra Luna Ramos, bueno esta es una razón que es atendible y es objetiva, pero que no debe considerarse como externalidad, me parece que el término o el concepto que utilizó la autoridad responsable para justificar ese incremento en la

tarifa fue el de externalidad, y este punto –insisto– este Tribunal Pleno ya lo analizó y dijo que era correcto por mayoría de votos que se hiciera uso de este concepto para variar lo que es el puro costo a lo que es la tarifa de interconexión –insisto– no me parece lógico el sostener que en un modelo de costos esté incluido un factor que de alguna manera es discrecional para el órgano regulador a fin de emparejar esa tarifa de acuerdo con las finalidades que se especifiquen, y en este caso –repito– fue que quedaran en un plano de igualdad respecto de las demás.

Así es que yo por estas razones señor Presidente compartiría la propuesta del proyecto, me parece que la parte considerativa podría enriquecerse con mucho con los argumentos que he escuchado en esta mañana, y porque van sobre la misma línea, no serían contrarios a los que utiliza el proyecto, y si el Ministro ponente lo aceptara, me parece que quedaría con una argumentación mucho más completa si fueran incorporados estos argumentos. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Pardo Rebolledo. Señor Ministro Franco.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Gracias señor Presidente, muy brevemente, porque a mí me gustará escuchar al señor Ministro ponente para que diga qué va a aceptar o no, para finalmente ya definir mi voto por lo siguiente: A mí me parece que aquí el agravio que se planteó consiste en que se reclama que hubo un doble cobro por concepto de externalidad, y esto, el agravio se dice por una parte en el modelo de costos se estableció, y luego en un mark up se volvió a establecer una externalidad.

En mi opinión, el modelo de costos no estuvo impugnado, y esto es una resolución firme de la Corte. Consecuentemente, y esperando a

ver cuál es la posición del Ministro, en mi opinión podría concluirse que es inoperante el concepto por estas razones, pero yo estaré atento a lo que diga el Ministro Luis María Aguilar respecto de los argumentos que se han vertido, porque creo que hay argumentos muy plausibles entre la vinculación congruente entre lo que hemos dicho que tiene que ver con lo que estoy sosteniendo, y algunos otros que podrían reforzar el proyecto. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Franco. Señor Ministro Luis María Aguilar.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: Gracias señor Presidente. En relación con lo primero que señalaba el señor Ministro Cossío, y me mencionaba respecto de una posible o por lo menos entendible contradicción en una parte del proyecto, con otra que ya está determinada en el décimo segundo, que pudiera parecer que no es por lo menos congruente una parte con la otra, desde luego haremos la corrección y el análisis de la redacción correspondiente para que esa contradicción no se sugiera en la redacción del proyecto.

Sin duda alguna ya le había yo mencionado al señor Ministro la condición de la cuestión de que el agravio va en relación con que el modelo de costos es el que contiene la duplicidad –digamos– de la externalidad; y por otro lado, pudiéramos inclusive acordar que la designación terminológica de “externalidad” puede asimilarse en algunos casos como un subsidio o un sobrecosto que tiene una finalidad específica. Aquí lo importante es la finalidad de esa externalidad y que es primero cubrir los costos que hace a la empresa y favorecer además la sana competencia, beneficiando a los demás participantes para que la red pueda crecer y pueda modernizarse.

Por otra parte, en relación con lo que ya se ha dicho en relación con los peritos, el proyecto se construirá sobre el argumento –digamos– textual del agravio; el agravio dice –palabras más, palabras menos– En el resultado de dicho modelo se incluyen ya los costos por externalidad de la red, según se desprende del análisis que los peritos hicieron de dicho modelo; y por ello, se puede concluir que la externalidad de la red ya está considerada dentro de los costos de interconexión, resultado del modelo de costos aplicado por la autoridad, sin que ninguno de ellos opine lo contrario.

Literalmente, si hiciéramos nada más el estudio de lo que se manifiesta en el agravio, diríamos que eso no es cierto, los peritos, que fueron cuatro además el del juzgado, no son contestes los cuatro en relación con eso. Sí, es cierto que hay peritos que no coincidieron en que la externalidad de la red ya estuviera incluida en el modelo de costos, pero esto a su vez trae varias consecuencias.

Yo creo que podemos –si ustedes me lo autorizan– tomar muchas de las argumentaciones que se han hecho para construir mejor el Considerando en relación con las vertientes que se generan de estas afirmaciones; una de ellas sería que pudiera parecer que estamos cuestionando el modelo de costos cuando –como decía por ejemplo el Ministro Franco– el modelo de costos ya lo consideramos –ya está en votación determinado– que no fue combatido y no podemos hacer el análisis de sus elementos; pero independientemente de eso, podemos decir que si bien es cierto –el Ministro Pardo Rebolledo, por ejemplo, lo señalaba– que perito del juzgado es –digamos– el preeminente por la estructura de la prueba pericial en el juicio de amparo, no menos es cierto que la convicción que arroje al juez queda a su prudente valoración, que a su vez valoración que debe estar influida –pienso yo– inevitablemente por el desahogo de otras pruebas, entre ellas, otras periciales que desahogaron las partes y que de alguna manera no se pueden

desconocer y hay que tomarlas en consideración, de tal modo que todo ello concluiría que si bien el perito del juzgado hizo esa afirmación final de que la externalidad estuviera en el modelo de costos, los demás elementos probatorios –como las otras periciales– no parecen llevar a esa convicción plenamente, máxime si a eso le agregamos que la resolución parte de un principio de validez en sí misma; de tal modo que no se pudiera llegar a la convicción de que así fuera –que insisto– suponiendo que así fuera, estaríamos prácticamente analizando y descalificando el modelo de costos porque lo contuviera, pero aun en el caso extremo de que lo contuviera, de cualquier manera que el modelo de costos ya tuviera una externalidad, en primer lugar, así como decía la Ministra por sentido común da la impresión de que no, porque el resultado del modelo de costo es una tarifa tan baja que parece no contener la externalidad en sí misma.

Por otro lado, habría que analizar la argumentación del perito porque tomando en cuenta algunos costos propios y algunas cuestiones que se mencionan en el modelo, los identifica el perito conceptualmente como la externalidad, para él sin que lo diga el modelo, porque el modelo no lo dice, para el perito eso lo considera como una externalidad de la red y por lo tanto considera que ya están incluidos, ya ésta es una cuestión de la valoración a su vez del perito que para él esos elementos que toma el modelo son externalidad, sin que el modelo lo señale y además cuando la resolución la propia responsable dice que no hay incluida una externalidad en el caso.

Y por último, en el peor de los casos, suponiendo que ya se incluyera una externalidad en el modelo de costos que resultó por ejemplo en el caso específico con el .71 de la tarifa, la externalidad adicional, entre comillas, “adicional” que hubiera establecido la autoridad, en primer lugar es razonable porque busca una finalidad

específica, como decía yo, pero además porque eso le iba a permitir disminuir gradualmente las tarifas de interconexión, pero además, inclusive, el hecho de que esa externalidad ya estuviera incluida, resulta como la Ministra Luna nos mencionaba, absolutamente razonable, ni siquiera es desproporcionada respecto de las tarifas que se han fijado a otras empresas, de tal manera que aun cuando se duplicara la externalidad en el modelo y en la determinación expresa de la autoridad, sin conceder desde mi punto de vista que ya estuviera en el modelo, aun así, el resultado de la tarifa que finalmente se aplicó, resulta completamente razonable, busca justificada y razonablemente el propósito de hacer que las tarifas tengan un sentido, además de igualdad para evitar beneficios indebidos a ninguna de las empresas, y de esta manera la resolución globalmente estuviera justificada en el contexto del mercado y en el contexto de la finalidad que busca esta externalidad.

De esta manera yo podría, muchas de estas razones que se han dado, las podríamos incluir y adicionar a la propuesta para redondear todos los aspectos que ahora se han mencionado y hecho ver por los señores Ministros, de tal modo que todas las aristas de esta problemática pudieran quedar de alguna manera u otra contestadas sin perjuicio, desde luego, de la conclusión fundamental, al menos para mí, de que el modelo de costos no puede ser analizado y que hasta pudiera pensarse en la inoperancia de estos argumentos, pero podríamos incluirlos todos para que todas las razones y argumentaciones redondeen la argumentación de este considerando.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro, continúa a discusión. Señor Ministro Pérez Dayán.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Gracias señor Presidente, me queda muy claro que en función de lo que se ha argumentado, todos o por lo menos una importante mayoría de los pronunciamientos coinciden en que la externalidad es aceptada por la propia autoridad responsable, esta manera de aceptación la traslada a un sistema de gradualidades, esto es, no reconoce que en el sistema de costos se haya considerado así, las periciales no permiten ser concluyente en cuanto a dónde quedó este componente de externalidad, creo que el proyecto de manera suficiente desarrolla por qué cada uno de los peritos flaquea en determinadas conclusiones y finalmente no da la oportunidad de tener la certeza de exactamente dónde quedó esa externalidad.

También parto de la idea de que este Tribunal Pleno ya ha considerado que la externalidad es permitida e incluso pudiera admitirse, sin que sea el caso, que pudiera haber una doble externalidad siempre y cuando se alcance la finalidad para la cual la COFETEL debe ser quien determine los costos de interconexión.

Pero al escuchar ahora al señor Ministro ponente en cuanto a la determinación de poder agregar a su proyecto una serie de razonamientos adicionales, quisiera ser enfático en algo, acepto todo lo que se ha dicho, sin embargo la conclusión del proyecto por ahora dice que en tanto esta externalidad sea utilizada por COFETEL, ésta es correcta, y es en donde creo que la adición que pueda hacer el señor Ministro ponente resulta fundamental.

Sí creo, y coincido en que la externalidad como medida útil para incrementar una tarifa en vistas a un resultado futuro, es admisible en tanto sea razonable. Ahora se ha dicho que esta razonabilidad radica precisamente en igualar las tarifas que ya se tenían dentro del mercado. Si estas adiciones serían colocadas en esta última conclusión que está en el tercer párrafo de la hoja diez, creo que

robustecería mucho nuestra conclusión, en tanto no sólo se diría que es al órgano regulador al que le corresponde establecer a cuánto debe ascender dicho margen de externalidad. Y siento que es conveniente hacerlo porque esta expresión así suelta, podría hacer parecer que la externalidad por el mero hecho de ser, ello da la oportunidad a que el órgano regulador, luego de un diferendo determine lo que crea conveniente, si es que esta razonabilidad a la que hoy arribamos, en tanto es exactamente el costo que tienen los otros operadores, nos demostraría por qué en esta ocasión la externalidad incluida en un modelo gradual fue la correcta. Sobre de esa base entonces, creo que de aceptarse esta determinación, como lo está diciendo el Ministro ponente, el proyecto ganaría en claridad y nos daría la oportunidad a todos, de entender que la externalidad como componente de una tarifa, que no de un modelo de costos, es posible y atendible para la COFETEL, en tanto nos exprese las razones por las cuales llega a esta externalidad. De no ser así, esta expresión –insisto– así suelta, parecería dar la oportunidad bajo la vía de la deferencia, a llegar a las condiciones más inaceptables respecto a precios sólo por la base de la externalidad. Es ésta la intervención que hago señor Presidente, de manera que mi voto entonces, es en razón del proyecto y de su propuesta, tal cual ahora se ha adicionado, considerando que esta externalidad no es arbitraria, sino que en el caso está justificada, y que en cualquier otro caso es posible utilizarla como herramienta, en tanto la autoridad exprese debidamente por qué se alcanza con ello un monto específico de tarifa de interconexión. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Pérez Dayán. Señor Ministro Franco González Salas, tiene usted la palabra.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Gracias señor Presidente.

Habiendo escuchado esto, en principio, por supuesto yo estaré de acuerdo con el proyecto con las modificaciones, obviamente reservo mi criterio para quizás hacer alguna precisión o comentario en un voto concurrente. Y yo sí insistiría en algo que he venido insistiendo y que tiene que ver con la referencia a lo que hemos resuelto.

Varios de nosotros nos hemos pronunciado porque en el caso no estamos frente al caso de cualquier otra autoridad. Estamos frente al caso de un órgano regulador, al cual se le concede una tarea que tiene que tener como base un amplio margen de discrecionalidad para poder llevar a efecto sus tareas y sus funciones, en tanto evidentemente, no incurra en arbitrariedad en sus definiciones. Pero a mí me parece que este elemento debe gravitar en todo el proyecto, porque me parece esencial y es un punto que hemos definido en este Pleno. Digamos que es toral para poder juzgar, hacer juicios de constitucionalidad sobre actos y resoluciones de este órgano regulador y quizás sobre otros. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señor Ministro Franco González Salas. Señora Ministra Luna Ramos, tiene usted la palabra.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor Presidente.

Yo nada más quisiera hacer hincapié en la valoración de la prueba pericial. Estoy de acuerdo con lo que ha señalado el señor Ministro ponente, en el sentido de que haría una valoración diferente a la que se hace en este momento en el proyecto. Nada más tomando en consideración que tratándose de la prueba pericial en el juicio de

amparo, su perfeccionamiento se da con la del perito oficial, pero esto no quiere decir que no se tomen en consideración las otras pruebas desahogadas por las partes, en función de –por decir algo– el perito oficial en tal situación, está estableciendo esto, esto y esto. Si alguna de las pruebas o las pruebas fueran contestes con el perito oficial, pues lo que se dice es: Bueno, y esto se ve robustecido con lo establecido por los otros peritos, que de alguna manera coincide con lo dicho por el perito oficial. Pero hay ocasiones como en este caso, en que no hay coincidencia con lo que se establece por el perito oficial; entonces, cuando no hay la coincidencia con lo establecido por el perito oficial, sí se amerita una valoración de lo dicho por los otros peritajes, y en todo caso, la determinación del juzgador de cuál es la que le produce mayor convicción, y por qué razón, e incluso determinar si lo dicho por las otras periciales le produce mayor convicción, por qué sucede esto y de qué manera puede entenderse que éstas hacen posible que lo determinado por el perito oficial no tenga en un momento dado la validez que se le pudiera dar en otras circunstancias.

Entonces, a esta valoración es a la que me estaba refiriendo en relación con el artículo 151 de la Ley de Amparo, no de manera colegiada, nada más diciendo dos y dos, y esto descarta, si no la valoración en función del perito oficial que en algún momento puede no ser correcta su determinación, pero sí decir por qué no nos produce esa convicción, y qué es lo que de las otras periciales nos lleva a la convicción de que efectivamente desvirtúa lo dicho por el perito oficial. Gracias señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señora Ministra. Si no hay alguna participación, yo voy a hacer una participación muy breve, para dar mi punto de vista.

Yo no comparto la propuesta del proyecto, no la comparto en función de lo que he venido desarrollando con una línea discursiva a partir de este asunto concretamente, que lo hemos venido discutiendo o con estos temas en varios amparos en revisión en este sentido.

Comparto desde luego, una precisión que he solicitado al señor Ministro Franco, que sí debía de hacerse, desde luego, la amplia deferencia que tiene que tener un órgano regulador del Estado, definitivamente sí debe de tener una amplia deferencia a partir de que desde el punto de vista constitucional y legal, el órgano regulador puede desenvolverse con una amplia discrecionalidad mas no ilimitada, aquí es donde creo que sí hay una amplia deferencia, hay que reconocer una amplia deferencia al órgano regulador, pero no puede ser ilimitada, tiene que estar sujeta a revisiones, y nosotros podemos hacer la revisión, pero es una revisión jurisdiccional desde mi perspectiva diferente, en tanto órgano regulador, y entonces nosotros no podemos inclusive en algunas ocasiones, respetuosamente lo digo, valorar pruebas periciales, a determinarnos en ese sentido, sino en atención a principios fundamentalmente y garantías, y en el caso concreto, lo que se está impugnando es violación a una garantía, garantía de legalidad, falta de fundamentación y motivación, y creo que desde esa perspectiva, como Tribunal Constitucional, es el análisis que tenemos que hacer, una revisión jurisdiccional, sí, pero a través de principios, y en un órgano regulador, cuáles son los principios fundamentales, insisto, respetuosamente desde mi perspectiva, la legalidad y la racionalidad.

Creo que es muy difícil, muy difícil para el revisor jurisdiccional, hacer una revisión de otro orden, de otro orden que rebase precisamente los principios de racionalidad y de legalidad en el caso concreto, y este análisis debe ser a partir de casos concretos, aquí

hay un caso concreto, mucho muy concreto respecto de la inclusión o no para fijar tarifas a partir de un principio, a partir de un modelo de costos, donde se dice son los costos directos, los indirectos, y de entre los indirectos tienen diferentes calificaciones los costos, si puede incluirse concretamente el tema de la externalidad y el diferendo aquí es sí está incluido en el modelo de costos, no está incluido en el modelo de costos, cómo repercute esta inclusión o cómo no repercute y cómo repercute ya en toda esta actuación respecto de algo que ha tomado en cuenta el órgano regulador y así lo ha determinado; tiene una perspectiva de hablar de gradualidades, etcétera, pero nosotros qué podemos hacer frente a un diferendo, ver dónde están los principios, ver dónde están los principios, hay fundamentación, hay motivación suficiente o entramos a analizar la valoración de los peritos. Los peritos han determinado inclusive que no es posible concluir la externalidad de la ley, algunos han dicho así, otros dicen que sí, ¿y el órgano regulador qué ha dicho? ha tomado una determinación en función de principios que viene manejando y de ahí donde en lo particular – por eso me he manifestado en contra– creo que no ha habido congruencia, no ha habido consistencia en esas determinaciones y se han violado desde mi perspectiva, fundamentación y motivación, creo que son esos límites de discrecionalidad que son rebasados, en tanto que se introduce en el concepto, vamos, cuestiones ajenas a un modelo de costos, como el concepto de externalidad, puede constitucionalmente hacerlos, sí, pero tiene que hacerlo razonándolo a través de la metodología adecuada y congruente para ver por qué llegó a esa determinación, porque está tomando consideraciones diferentes, determinaciones de tarifas totalmente apartadas del modelo de costo que se supone que es un principio que debe observar, aunque lo pueda hacer de otra manera.

De esta suerte, concretamente respecto de los agravios que estamos analizando de una revisión adhesiva yo me pronuncio

respetuosamente en contra del proyecto. Señor Ministro Luis María Aguilar.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: Tratando de atraer su voto hacia el proyecto señor Ministro Presidente. Yo creo que lo que expresábamos hace un rato y que se ha señalado aquí por varios de los Ministros, no se contrapone con la idea que usted nos señala, precisamente el hecho de que la finalidad de la externalidad sea primero regular el mercado, prever las diferencias, y por lo tanto, la conveniencia de ir disminuyendo tarifas, y como decía la Ministra Luna, evitar inclusive que a ciertos concesionarios se les pudiera dar una tarifa de tal modo distinta que le generara un beneficio en relación con el mercado global, evitando una competencia indebida, la razonabilidad que entiendo yo perfectamente que es la preocupación de usted señor Presidente, la razonabilidad de la fijación de la tarifa y del monto de la externalidad apunta, –desde mi punto de vista y como lo he expresado– a ser razonable. Primero, porque está claramente dirigida a evitar esas distorsiones del mercado, y porque si la comparamos inclusive con las otras tarifas que se han establecido respecto de otras empresas no es exagerada ni distinta, ni es completamente sin sentido, está dentro de una uniformidad en que la COFETEL se ha manejado al establecer tarifas inclusive para otros concesionarios.

De tal manera, que la razonabilidad que sería el punto fundamental para su establecimiento sí encuentra apoyo en la determinación de la resolución combatida, porque no quisiera yo pensar que la resolución que pudiera obtener la mayoría le diera un margen de discrecionalidad tan amplio, y tan injustificado y tan poco razonable a la COFETEL por el solo hecho de tener la rectoría del Estado en esta materia.

Desde luego, se estarían analizando y así lo he ofrecido, los comparativos, la búsqueda de las razonabilidades y el hecho de que no encuentra una exagerada o poco razonable determinación de la autoridad al señalar la tarifa final que incluye, entre otras la externalidad; y la externalidad puede ser ese elemento que le dé a la autoridad más allá de los cálculos matemáticos de la fórmula del modelo, la posibilidad de ejercer su facultad rectora fijando precisamente las condiciones del mercado y propiciando ciertas conductas en los concesionarios; de tal modo que, con todo respeto, creo que podríamos coincidir en eso señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro. En este sentido tenemos ya ahorita mucho avance en las determinaciones que hemos tomado, prácticamente lo que yo voté precisamente en el Considerando anterior, que ya es materia de engrose, me lleva necesariamente a considerarlo así, ésta es la situación, de todas maneras, digo, la deferencia al órgano regulador y todas esas situaciones han estado presentes en otras votaciones, tengo un listado de asuntos que tenemos con ellos en este sentido, pero prácticamente en este caso concreto, y como decía el análisis, es en el caso concreto, situaciones concretas donde realmente, vamos, agradezco pero sí sostendría mi voto.

Si no hay alguna otra participación vamos a tomar votación en relación con el contenido de este Considerando Tercero a favor o en contra con las consideraciones que ha señalado el señor Ministro ponente en relación con él, adelante por favor.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Presidente.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: A favor del proyecto.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: A favor.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Yo estoy a favor del proyecto que ha prometido arreglar el señor Ministro ponente, en todo caso reservaría un voto concurrente después de que nos circule el engrose.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Con el proyecto modificado, y también haciendo eventualmente una reserva de hacer voto concurrente.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: A favor del proyecto modificado en este tema.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: A favor del proyecto modificado.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: En contra.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: A favor.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Con el proyecto modificado que destaca la razonabilidad de la tarifa.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE SILVA MEZA: En contra del proyecto.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe una mayoría de ocho votos a favor de la propuesta modificada del Considerando Décimo Tercero, con las reservas de los señores Ministros Luna Ramos y Franco González Salas.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor secretario.

Consulto a las señoras y señores Ministros, en esta ocasión que retomamos ahora un nuevo proyecto, si las votaciones que iremos tomando son definitivas. **(VOTACIÓN FAVORABLE). SON VOTACIONES DEFINITIVAS.**

Bien, voy a levantar la sesión para convocarlos a la que tendrá verificativo el día de mañana en este lugar, para dar paso al Considerando Décimo Cuarto. Se levanta la sesión.

(SE LEVANTÓ LA SESIÓN A LAS 14:00 HORAS)

“En términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte en su sesión del veinticuatro de abril de dos mil siete, y conforme a lo previsto en los artículos 3, fracción II, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos”.