

S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 114
O R D I N A R I A
LUNES 29 DE OCTUBRE DE 2012

En la ciudad de México, Distrito Federal, siendo las diez horas con cincuenta y cinco minutos del lunes veintinueve de octubre de dos mil doce, 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, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 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 Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. No asistió el señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea por encontrarse incurso en causa de impedimento para conocer de 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 ciento trece, celebrada el jueves veinticinco de octubre de dos mil doce.

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 veintinueve de octubre de dos mil doce:

II. 1. 426/2010

Amparo en revisión promovido por *****, contra actos del Congreso de la Unión y de otras autoridades, consistentes 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 Guillermo I. Ortiz Mayagoitia 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, ampara y protege a *****, en contra de la resolución que se contiene en el Acuerdo P/090108/14 precisado en el resolutivo que antecede, para los efectos precisados en el último considerando del presente fallo*”.

El señor Ministro ponente Ortiz Mayagoitia señaló que en el documento que distribuyó su ponencia el viernes pasado se recoge la determinación de eliminar el considerando noveno de la propuesta original, en el que se realizaba un análisis abstracto del marco jurídico aplicable a los servicios de interconexión, indicando que esto conllevó a

realizar ajustes en los considerandos posteriores del proyecto, con la finalidad de dar claridad a la respuesta que se da a los agravios.

Precisó que el nuevo considerando noveno contiene una síntesis de las consideraciones de la sentencia recurrida; que el décimo propone declarar infundado el agravio de la autoridad responsable en el que aduce que la juez federal no está facultada para pronunciarse sobre las tarifas de interconexión que ***** le debe pagar a *****, toda vez que esa atribución es exclusiva de la Comisión, y que en el considerando décimo primero se determina que no se puede emitir pronunciamiento alguno sobre la legalidad del modelo de costos. Indicó que estos temas ya fueron votados y que, por tanto, no deben ser materia de discusión, aclarando que esta propuesta no constituye el engrose definitivo.

En cuanto a la propuesta del considerando segundo, manifestó su preocupación por llegar a un acuerdo sobre el concepto de “externalidad”. Indicó que no es un sustantivo común y de fácil entendimiento, sino un término creado ex profeso para registrar un fenómeno de apoyo de los países que tienen alto grado de desarrollo, en favor de aquellos que están en vías de desarrollo y con grandes posibilidades de expandir sus redes. Señaló que, para determinar dicho concepto, en el proyecto se atiende fundamentalmente a documentos internacionales, que incluyen exclusivamente

recomendaciones de organismos internacionales de los que México es parte, así como diversos documentos posteriores que proceden de estos organismos.

Consideró que la evolución de las referencias internacionales debe analizarse con base en los criterios o recomendaciones emitidas por los organismos internacionales especializados de los que es parte el Estado mexicano o en los instrumentos internacionales que haya suscrito en materia de telecomunicaciones, indicando que no resulta tan trascendente la invocación de estos instrumentos, independientemente de cuál sea su calidad jurídica, aunque resultan importantes para entender lo que es la externalidad. En este sentido, precisó que en la página veinticuatro del proyecto se cita la recomendación 156 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, denominada “Externalidades de Red”, que fue aprobada en octubre de dos mil ocho, indicando que aun cuando el presente problema comprende el periodo de dos mil cinco a dos mil siete, debe tomarse en cuenta que la externalidad es un fenómeno que ha evolucionado y que en dicho documento se encuentra un concepto más claro que lo identifica con el beneficio económico que obtiene un agente económico derivado del financiamiento de la expansión de una red que tiene posibilidades de crecer en cuanto al número de abonados, de ahí que la prima de externalidad, en tanto representa la expresión financiera y evaluación de ese

beneficio económico, no guarda relación alguna con la provisión del servicio de interconexión.

Al respecto, señaló que la Unión Internacional de Telecomunicaciones recomendó a los operadores de los países en desarrollo y de los países desarrollados considerar la posibilidad de aplicar de común acuerdo una prima de externalidad a la tarifa de interconexión, con el fin de reducir el desequilibrio que existe entre los costos de los servicios de telefonía que ofrecen los operadores de esos países, para lo cual tomarían en cuenta que la prima de externalidad debe: 1) destinarse a la expansión de redes de los países en desarrollo que tengan importantes posibilidades de crecimiento por cuanto se refiere al número de suscriptores, y 2) pagarse por el operador de un país desarrollado que esté dispuesto a financiar un probable aumento de sus ingresos mediante la expansión de la red de un operador de un país en desarrollo.

Agregó que de acuerdo con la propia recomendación aludida es necesario que exista una verdadera externalidad de red, es decir, que la expansión de la red de un operador de un país en desarrollo deba presentar posibilidades reales de incrementar el número de usuarios, de modo tal que el financiamiento de su expansión se traduzca en un beneficio económico para el operador de una red de un país desarrollado. Señaló que al analizar estas precisiones se obtiene que las características esenciales de la externalidad

son: 1) es voluntaria entre las partes; 2) no forma parte de la tarifa y 3) es un sobreprecio que los usuarios de redes de países altamente desarrollados pagan con la finalidad exclusiva de hacer crecer las redes de los países en vías de desarrollo, en la inteligencia de que el beneficio que obtienen las empresas extranjeras con la prima de externalidad es simplemente motivar que las redes de países en desarrollo crezcan, pues con la generación de mayor clientela aumentará el tráfico de interconexión, así como los consecuentes beneficios económicos.

Enfatizó que cuando un país altamente desarrollado decide pagar una prima de externalidad a un país que está en vías de desarrollo, no pretende aumentar su clientela, sino simplemente intensificar el tráfico de sus servicios, pues su clientela personal va a seguir siendo la que puede ofrecer a los usuarios del país donde está radicada la empresa. De esta forma, señaló que la red del país subdesarrollado que se expande y que alcanza mayores usuarios no está en competencia con la concesionaria extranjera, porque los usuarios del país en vías de desarrollo no son clientes potenciales de la otra empresa.

Bajo estas circunstancias, señaló que la externalidad no tiene cabida en un mercado interno, indicando que la Comisión Federal de Telecomunicaciones se fijó en el Reino Unido para establecer que se justifica una prima de externalidad, sin tomar en cuenta que el Reino Unido se

integra por un conjunto de países que responden a una misma monarquía, por lo que sólo en este caso sí resulta posible que los países que tengan un desarrollo menos acabado y aquellos que portan alta tecnología se apoyen entre sí, de lo que se sigue que la externalidad no es un referente aplicable a México, en tanto que es un país unitario en el que los concesionarios compiten por la clientela de modo que el beneficio financiero de hacer crecer redes ajenas, lejos de significarles un beneficio, juega en su contra. Señaló que la prima de externalidad tampoco sirve para pagar gastos ya hechos en el desarrollo de una red sino que tiene un propósito esencial de hacer crecer una red ajena, porque en la medida en que esa red crezca, va a tener más clientes que no pueden serlo de quien paga la prima, con lo que se obtiene el beneficio financiero en la medida en que se facilitan mercados en los que el tráfico será más intenso y la relación comercial más productiva. Indicó que esto último ya fue reconocido en el documento denominado “Lineamientos para desarrollar los modelos de costos”, emitido por la Comisión Federal de Telecomunicaciones y publicado en el Diario Oficial de la Federación del doce de abril del dos mil once, señalando que, sin embargo, éste no resulta aplicable.

Indicó que conforme al marco jurídico conducente, la Comisión Federal de Telecomunicaciones, al fijar las tarifas, tiene la posibilidad de revisar la situación internacional y qué usos internacionales conviene aplicar en México, reiterando

que la externalidad no tiene nada que ver con el mercado interno del país, donde cada concesionario tiene interés en desarrollar su propia red para captar clientelas.

Finalmente, precisó que hizo del conocimiento de las partes y de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, su proyecto, a fin de que externaran críticas sobre el manejo de la terminología técnica de las telecomunicaciones, indicando que no recibió ninguna en relación con el concepto de externalidad.

El señor Ministro Cossío Díaz manifestó diferir de la propuesta del proyecto en este punto. Señaló que la externalidad es un concepto económico y que el uso que se le está dando, tanto por las partes como por la autoridad, es equívoco, considerando que dicho concepto en realidad refleja una situación y que el sobreprecio implica un subsidio justificado.

Por otra parte, indicó no coincidir con que los conceptos y la normatividad internacional aplicable sea traída al considerando décimo segundo, estimando que muchos de los documentos de la Organización Mundial del Comercio no resultan aplicables como si conformaran un sistema de fuentes como se plantea, y que muchos otros son recomendaciones que no tienen cabida en el orden jurídico mexicano.

Recodó haber precisado en discusiones pasadas que la solución al caso debe partir de que, de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional, la Nación tiene el dominio directo del espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y límites que fije el derecho internacional. Indicó que conforme al párrafo sexto de dicho precepto y al párrafo décimo del diverso 28 de la propia Constitución Federal, este bien puede ser explotado, usado o aprovechado por los particulares, mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal para el uso social y público que la propia Norma Fundamental califica.

En estos términos, señaló que en materia de telecomunicaciones, dado que se está ante la concesión de un bien del dominio directo de la Federación, los particulares no están en un plano de igualdad frente al Estado, como si se tratara de una sociedad o una relación contractual entre pares, pues aquél nunca pierde el dominio directo de estos bienes, indicando que esto formó parte de uno de los principales argumentos que utilizó para fundar su posición en la contradicción de tesis 268/2010, en el sentido de que siempre que se trate de bienes de esta naturaleza, la suspensión en amparo será improcedente por contrariar el interés social.

Indicó que la relación entre el bien del dominio público de la Federación regulado y el órgano regulador conlleva el preguntarse cuál es el alcance de las facultades del órgano

regulador para establecer tarifas de interconexión en caso de desacuerdo entre los operadores. Al respecto, señaló que ha sostenido que si bien el regulador autónomo tiene competencia para emitir sus resoluciones en esta materia, no tiene completa discrecionalidad para hacerlo, ya que su actuación debe estar fundada y enmarcada por los principios y objetivos previstos en los artículos 7 y 41 de la propia Ley Federal de Telecomunicaciones, que de manera resumida son: 1) promover un desarrollo eficiente a las telecomunicaciones; 2) ejercer la rectoría del Estado en la materia para garantizar la soberanía nacional; 3) permitir un amplio desarrollo de nuevos concesionarios y servicios de telecomunicaciones; 4) dar un trato no discriminatorio a los concesionarios; y 5) fomentar una sana competencia entre los concesionarios a fin de que los servicios se presten con mejores precios, así como diversidad y calidad en beneficio de los usuarios, promoviendo una adecuada cobertura social.

Indicó que contra estos principios debe contrastarse la actuación del órgano regulador y de los particulares en este caso concreto, por lo que, de forma más precisa habría que preguntarse cuál es la metodología usada por el regulador a fin de establecer el modelo para calcular las tarifas de interconexión entre los operadores, en el cual se establece un subsidio por externalidad de red, lo que se traduce en un pago que va más allá de los costos por interconexión o en

un diferencial entre la tarifa final y la que arroja un modelo exclusivamente basado en costos.

Precisó que una externalidad es una falla del mercado, que impide que las personas asuman el costo total o el beneficio total de sus acciones, de forma que la sociedad o un grupo determinado se perjudiquen o se beneficien de las acciones de un tercero. Indicó que la consecuencia de la externalidad de la red, como las de toda falla del mercado, es que no se asignen eficientemente los recursos, indicando que cuando se habla de una externalidad de la red se suscita la situación de que los usuarios que pertenecen a ésta no asumen el beneficio que obtienen cuando un nuevo usuario se suma a las redes, tomando en cuenta que al integrarse un nuevo miembro, la red se hace más grande, por lo que todos se benefician al poder comunicarse con un miembro más.

Precisó que el órgano regulador, ante la evidencia teórica del modelo y la empírica en mercados con efectos de red, decidió compensar la externalidad de red, mediante la implementación de un subsidio, que es un mecanismo que estimula artificialmente la producción o un consumo de bienes y es equivalente al diferencial existente entre el precio real y el precio efectivamente pagado, de manera que los operadores de red asumen los costos totales de los beneficios que están recibiendo cuando aumenta la red con nuevos usuarios. Señaló que este subsidio se ha

implementado como un sobrecosto en el cálculo de las tarifas de interconexión, con lo que se busca que los operadores tengan recursos para ampliar la penetración del mercado, mediante publicidad, mayor inversión en infraestructura, etcétera, y se permite, por ende, que los nuevos usuarios enfrenten costos más bajos para adherirse a las redes.

Estimó que, contrario a lo que sostiene el proyecto, los agravios deben considerarse fundados, ya que la Comisión Federal de Telecomunicaciones sí cuenta con facultades para establecer este diferencial, pues su actuación es acorde con los principios y objetivos antes referidos. Preciso que debe subrayarse que no se extrae de ninguna parte de la ley que el modelo deba ajustarse exclusivamente a costos, pues el hecho de que el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establezca que al menos debe recuperarse el costo incremental promedio de largo plazo de ninguna manera justifica esta conclusión, pues lo único que puede desprenderse de esto es la existencia de un piso para la fijación de las tarifas.

Indicó que no queda claro el estatus como fuente en el sistema jurídico nacional de los instrumentos internacionales citados en el proyecto, señalando que si bien éstos pueden servir como referencial para que Comisión Federal de Telecomunicaciones los asimile o adopte en el mercado

nacional, no podrían calificarse, en consecuencia, como una limitante cuyo incumplimiento se traduzca en una ilegalidad.

Consideró que, por tanto, al examinar la resolución impugnada, conforme a los principios antes referidos se advierte que el diferencial existente entre las tarifas que arrojó el modelo de costos de la Comisión y las que se determinaron en la resolución impugnada, encuentra justificación en la aplicación de un subsidio con la finalidad de incluir nuevos usuarios y de expandir la red, la cual se vincula con la adecuada cobertura social, que es uno de los objetivos perseguidos por la ley.

Finalmente, señaló que no puede perderse de vista que las tarifas de interconexión deben variar en el tiempo dependiendo de la condición en la que se encuentra el mercado, de manera que sería contrario a los principios de la ley no establecer el subsidio en comento en un momento inicial cuando el mercado es inmaduro y el número de usuarios es bajo, pero dicho subsidio sería contrario a esos principios cuando se aplicara a un mercado maduro, con un mayor número de usuarios y con una penetración en casi la totalidad del territorio, ya que, además de que no cumpliría con el objetivo buscado, rompería la sana competencia entre los concesionarios. Indicó que, atendiendo a esta diferencia contextual y temporal, la justificación de los actos en los años dos mil cinco a dos mil siete, no puede ser la misma que a partir de dos mil doce o dos mil trece, dado que las

condiciones del mercado son, afortunadamente, completamente distintas, de modo que, en este nivel de escrutinio legal, ante un bien del dominio público de la Nación, en el que no puede llegar a establecerse una correlación de peso por peso entre el subsidio y la externalidad a la que se dirige, y no existir una declaración de dominancia de alguno de los particulares operadores en el mercado, es dable concluir que la actuación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones en el período dos mil cinco a dos mil siete fue correcta en el contexto en el que se encontraba el mercado en ese momento.

El señor Ministro Aguirre Anguiano indicó que lo expuesto por el señor Ministro Cossío Díaz coincide con su criterio. Después de recordar lo que ha sostenido respecto de la competencia de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para determinar condiciones de interconexión, señaló que la recomendación 156, de treinta de octubre de dos mil ocho, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, a la que dio lectura en algunas de sus partes, es un documento internacional no vinculante para las autoridades mexicanas, máxime que en su propio texto señala que constituye un documento de aceptación voluntaria y que México hizo reserva expresa en relación con su contenido.

Señaló que la Comisión Federal de Telecomunicaciones tomó en cuenta dicho documento, y que la tesitura bajo la cual introdujo el concepto de externalidad

fue en el sentido de que si ***** crece más, tendrá por tanto mayores oportunidades de que expanda el servicio a ciertos lugares a los que actualmente no llega, con lo cual tanto los usuarios como el resto de los operadores tendrán beneficios, en tanto que se dará lugar a las llamadas que deriven de los puntos terminales en los que se extienda la red de *****.

En esos términos, manifestó no coincidir con el criterio de que la recaudación de las cantidades provenientes de la externalidad deba derivar de otro país, indicando que si el Pleno ha reconocido a la Comisión Federal de Telecomunicaciones facultades amplias para determinar tarifas, no existe obstáculo para que ésta adopte sistemas extranjeros.

El señor Ministro Aguilar Morales manifestó que tampoco estaba de acuerdo con el proyecto, estimando que la externalidad de la red tiene consecuencias que deben seguirse en el marco del mercado nacional y no necesariamente aplicarse sólo en mercados internacionales.

Señaló que las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, que considera el proyecto, son posteriores a la resolución reclamada, pero que, con independencia de ello, pueden ser aplicables al ser referentes y condiciones importantes en el caso. Agregó que la externalidad de la red no sólo puede regularse entre las partes, pues una vez que éstas tuvieron la oportunidad de

llegar a un acuerdo, y no lo hicieron, el órgano regulador nacional, al determinar las condiciones de interconexión no convenidas entre los operadores, puede recurrir a la externalidad de la red y determinar sus parámetros, siendo que a este órgano le ha sido reconocida su rectoría en materia de telecomunicaciones, no sólo para determinar parámetros matemáticos, contables o de diverso tipo, sino también para determinar las políticas de Estado sobre las interconexiones, de ahí que no exista motivo para restringirle invocar la externalidad de la red, a fin de garantizar una red adecuada.

Indicó que, en telecomunicaciones, la externalidad de la red se entiende como el incremento en el bienestar de un agente económico ante la decisión de otro agente de ingresar y formar parte de la red, en la inteligencia de que mientras mayor sea la amplitud de la red, mayores serán las facilidades y beneficios que obtenga quien se incorpore a ella, de modo que si se trata de una red pequeña la cobertura de interconexión será muy limitada.

Precisó que la externalidad permite favorecer la ampliación de las redes, no sólo en beneficio de quien la construya, sino de todos los demás que se conecten a esa red, porque eso favorece, en primer lugar, la comunicación nacional y, en segundo lugar, la posibilidad de dar un plus a los usuarios que entren a esa nueva empresa, en tanto que están conectándose a una red que les permitirá comunicarse de la manera más amplia posible, de ahí que la externalidad

de la red sea un elemento que deba ponderarse por el organismo rector, sin que pueda advertirse por qué no puede llevarse a cabo lo anterior en un mercado interno y que la propia Comisión Federal de Telecomunicaciones pudiera tomarlo en consideración más allá de los acuerdos de las partes, máxime que en el presente no existió acuerdo.

Agregó que la externalidad es un elemento importante que va más allá de los costos para lograr un objetivo determinado, que es la ampliación de la red o incluso el mejoramiento tecnológico de ésta para que no sólo el que la construya o mejore se beneficie, sino todos los operadores que se interconecten con ella. Señaló que la externalidad no puede entrar dentro del modelo de costos porque tiene un propósito determinado, casuístico e incluso temporal.

Indicó que si bien actualmente la Comisión Federal de Telecomunicaciones ya no incluye la externalidad, ello se debe a que no la ha estimado requerida, dada la ampliación de la red que se ha verificado en los últimos años, por lo que se ha orientado hacia los costos que puedan tener los operadores, sin que pueda hacerse una fórmula específica para los cálculos, ya que aun cuando existe una serie de variables con las cuales es posible cumplir con los objetivos del legislador, lo cierto es que éste no estableció fórmulas determinadas, sino que a partir de que se señalan de manera amplia los elementos que se deben tomar en cuenta, se permite la obtención de los objetivos que se establecen

especialmente en los artículos 9-A, 7, 41, 43 y 60 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Indicó que los mencionados elementos que debe tomar en cuenta la autoridad son los necesarios para alcanzar estos objetivos, con las condiciones señaladas, por ejemplo, en los artículos 9-A, fracción IX, 41 y 43 de la Ley, señalando que no puede exigirse al órgano rector, cuando está actuando en una política pública, una fórmula exacta para obtener el resultado final, dado que existe un entorno determinado por los objetivos que señala la ley, entre los que se encuentran la ampliación de la red, el beneficio social y la mayor comunicación de los usuarios en esta red, los cuales se favorecen mediante la prima de externalidad de manera que ésta se justifica no como parte de los costos, sino como un elemento dirigido al cumplimiento de ciertos objetivos legales, de ahí que en la medida en que la red crezca, la externalidad pierde su razón de ser y su importancia, en consecuencia, en las resoluciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Por otro lado, señaló que las recomendaciones que se hacen por la Organización Internacional del Trabajo no son vinculantes, máxime que el Estado Mexicano hizo reservas en cuanto a su contenido y que son posteriores a la resolución impugnada, indicando que incluso en estos documentos, como la recomendación 156 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, se contempla la posibilidad de que existan las primas de externalidad e

incluso brindan sugerencias sobre cómo aplicarlas. Indicó que éste no es un elemento asimilable al costo y que, por lo tanto, no puede estar incluido en los modelos de costos.

En otro aspecto, señaló que resulta casuística la evaluación de la elasticidad de precios en función de la demanda, en tanto que debe advertirse en cada caso particular y, en este caso, en el mercado mexicano, agregando que de acuerdo con la propia recomendación la prima de externalidad tiene posibilidades de existir con finalidades determinadas, y que de haberse pactado el regulador tendrá que vigilar o auditar

Estimó que, por este motivo, no se pueden señalar los parámetros que se deben tomar en cuenta, o determinarse cuáles son los costos, o si se deben considerarse además los costos que arroje el modelo, pues ello resulta contradictorio con la rectoría del Estado, en tanto que existe una política de Estado más allá de los simples costos, siendo que el hecho de que conforme a la ley las tarifas deben orientarse en costos no quiere decir que éstos se apliquen a “rajatabla”, porque se correría el riesgo de que el órgano jurisdiccional sustituya las facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Por otro lado, señaló que si la ley dispone que las recomendaciones internacionales deberán tomarse en consideración no existe motivo para que no pueda acudir a precedentes de España, Perú y Gran Bretaña como

referentes y no como normas vinculatorias, ya que podrían servir como una experiencia para saber qué hacer o incluso qué no hacer.

En estos términos, manifestó oponerse a la propuesta del proyecto en cuanto al concepto de externalidad de la red, y en cuanto se establecen parámetros definidos y claros, que hacen parecer que se le está proporcionando una receta a la autoridad con la que se le ata las manos para que no pueda ejercer su facultad para determinar las tarifas de interconexión, al establecerse por el órgano jurisdiccional cómo deben determinarse las tarifas, lo cual no constituye propiamente su labor.

El señor Ministro Franco González Salas señaló que comparte en gran medida lo expresado por los señores Ministros Cossío Díaz, Aguirre Anguiano, en parte, y Aguilar Morales.

De entrada, señaló que la Comisión Federal de Telecomunicaciones goza de un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de las facultades que le concede la ley a partir de lo dispuesto en la Constitución Federal, de lo que se sigue que el juez constitucional debe ser deferente con la naturaleza jurídica, los objetivos y las funciones de dicho órgano regulador. En este sentido, señaló que, como ejecutor y operador del sistema que garantiza la rectoría del Estado en materia de telecomunicaciones, en términos de los artículos 1º, 27 y 28 de la ley de la materia,

este órgano regulador debe contar con la oportunidad de apreciar las circunstancias bajo las cuales tome sus decisiones técnicas, lo que se vincula con las facultades que le concede dicha ley en sus artículos 7º, 9º y 41, indicando que, si bien se ha hecho mención a diversos preceptos que refuerzan estas consideraciones, el núcleo esencial de las facultades que interesan se encuentra en los artículos citados.

En estos términos, estimó que el juez constitucional debe considerar estas circunstancias al evaluar si el órgano regulador fundó y motivó adecuadamente su resolución, insistiendo en que debe ser deferente a su capacidad de decisión discrecional. Señaló que la externalidad no atañe solamente al orden internacional, y que se trata de un concepto polémico, indicando que al día de hoy no existe un acuerdo sobre lo que denota. Agregó que el perito de la empresa quejosa reconoce que es un concepto económico, señalando que la definición a la que éste llega la comparte, con algunos matices, el perito de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. De esta forma, indicó que la externalidad constituye un concepto utilizado en el momento indicado a fin de regular el mercado cuando los operadores no se habían puesto de acuerdo en la fijación de las tarifas, señalando que, a fin de definir la forma en que el órgano regulador debe fundar y motivar sus decisiones puede acudir a la tesis de rubro: “FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO

DE LAS CONCEDIDAS A LAS AUTORIDADES”, a la cual dio lectura, destacando que el parámetro respectivo se cifra en que las decisiones no deben ser arbitrarias y que el juicio de constitucionalidad debe hacerse en función de la naturaleza y finalidades del órgano regulador, de forma que puede estimarse que se cuenta con estándares de apreciación más abiertos cuando se trata de analizar la validez de las resoluciones de un órgano como la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Finalmente, señaló que las normas a que aludió el señor Ministro ponente Ortiz Mayagoitia se refieren al orden internacional, y que en relación con ellas las autoridades del país han establecido una serie de reservas, siendo además posteriores a las resoluciones que adoptó la Comisión Federal de Telecomunicaciones, por lo que puede concluirse que tienen un impacto secundario en la resolución del asunto, indicando que el concepto de externalidad no es arbitrario y, consecuentemente, puede ser válido, máxime que ninguno de los documentos internacionales señala lo contrario. En este sentido, indicó que este Alto Tribunal se excedería en sus facultades al modificar lo determinado por dicho órgano regulador en un contexto diverso al actual.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas manifestó que tampoco comparte el sentido del proyecto, considerando que la Comisión Federal de Telecomunicaciones no infringió el artículo 16 constitucional al motivar en la resolución impugnada el monto de las tarifas

de interconexión, a la luz de una motivación ordinaria y no reforzada, en razón de que las diferencias entre los resultados arrojados por su modelo de costos y las tarifas determinadas en esa resolución atienden a políticas de Estado que deben ser tomadas en cuenta por la autoridad al emitir sus resoluciones, máxime que el modelo de costos constituye un elemento de apoyo no vinculante para la Comisión Federal de Telecomunicaciones al determinar las tarifas de interconexión.

Estimó que, atendiendo a que la Comisión Federal de Telecomunicaciones tiene como objeto ejercer la rectoría del Estado en materia de telecomunicaciones, y que, debido a su especialización y a su naturaleza, está facultada por la ley para determinar las tarifas de interconexión que no hayan podido convenirse entre los concesionarios, contando para ese fin con facultades discrecionales dotadas de libertad de apreciación en la materia, puede elegir el tiempo y las circunstancias para adoptar una política determinada en ese sector. Señaló que, por ende, la determinación de la autoridad responsable, de que se debe atender a la externalidad de la red en el establecimiento de las tarifas de interconexión, responde al ejercicio de sus facultades discrecionales, más no arbitrarias, con que cuenta para regular ese sector como autoridad técnicamente especializada, es decir, constituye una decisión pública que atañe a todo el sector de las telecomunicaciones y que,

necesariamente, tiene repercusiones que sólo pueden ser ponderadas por esa autoridad.

Consideró que la Comisión Federal de Telecomunicaciones ejerció sus facultades discrecionales motivando las causas y las consideraciones por las cuales determinó que debía incluirse un cargo por externalidad de la red, indicando que esto se corrobora en el apartado denominado “ajuste gradual de la tarifa de interconexión”, comprendido entre las páginas cincuenta y dos a cincuenta y cinco de la resolución reclamada.

Bajo estas consideraciones, estimó que la Comisión Federal de Telecomunicaciones parte de tres premisas fundamentales: 1) que se debe considerar la externalidad de red en el establecimiento de las tarifas de interconexión; 2) que la adopción de un esquema gradual de disminución de las tarifas de interconexión es conveniente en mercados donde la orientación a costos inmediata trae consecuencias negativas para los concesionarios y los usuarios, y 3) que es necesario establecer una tarifa de interconexión basada en costos al final del período de ajuste. Señaló que de lo anterior se advierte que la Comisión Federal de Telecomunicaciones tuvo a la vista la realidad de que la tarifa de interconexión que se venía observando en el mercado de terminación de llamadas en redes móviles bajo la modalidad “el que llama paga” debía ser reducida, pero que esta reducción debía a su vez realizarse a través de un esquema de reducción gradual, a fin de amortiguar el

impacto de las reducciones en esas tarifas, de manera que, en los términos de la resolución reclamada, debe entenderse a la externalidad de red, como un elemento de política pública que la Comisión Federal de Telecomunicaciones decidió implementar como un mecanismo para lograr una reducción gradual de las tarifas de interconexión con el objetivo claro de lograr tarifas orientadas a costos al final del período de transición, pero sin generar un amortiguamiento de potenciales impactos negativos que tendrían una reducción inmediata que pudo haber frenado el dinamismo del mercado de telefonía móvil.

Finalmente, señaló que estos argumentos forman parte de la motivación del acuerdo reclamado de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y que califican como una motivación que satisface los criterios fundamentales de razonabilidad que la Suprema Corte debe atender a fin de comprobar que el uso de facultades discrecionales se inscribe en un marco de respeto a los principios contenidos en la Constitución Federal y en la Ley Federal de Telecomunicaciones, tomando en cuenta que esa motivación sustenta una política pública que consideró el órgano regulador como la más apropiada en ese momento, por lo que concluiría que, al no evidenciarse que esa determinación se revela como expresión de uso distorsionado de la discrecionalidad, votará en contra del proyecto en este punto, pues se evidencia que la mencionada Comisión sí ejerció la rectoría del Estado en esta materia, cumpliendo

con principios generales consagrados en los artículos 7, 9-A, 41, fracción III, 42 y 60 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

El señor Ministro Pardo Rebolledo manifestó coincidir con la postura de los señores Ministros que lo han precedido en el uso de la palabra, en el sentido de que al estar facultada la Comisión Federal de Telecomunicaciones por la ley para regular con autonomía plena un sector relacionado con un bien del dominio público de la Nación, debe estimarse que el concepto de externalidad de la red fue considerado como una causa de política pública, a fin de determinar precisamente las políticas en la materia a largo plazo.

Indicó que, tomando en cuenta que dicho órgano regulador cuenta con facultades discrecionales para determinar las tarifas respectivas, en tanto que ni la Constitución Federal ni las leyes en la materia establecen cómo debe hacerlo, y que cuando no existe convenio entre las partes al respecto dicha determinación debe hacerse con base en los principios previstos en los artículos 7°, 9° y 42 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, debe estimarse que la facultad del órgano jurisdiccional, ya sea el juez de Distrito o la Suprema Corte de Justicia, para analizar la decisión que tomó la Comisión Federal de Telecomunicaciones en cuanto a la determinación de las tarifas referidas, no puede llegar al extremo de cuestionar el modelo que ha utilizado para ese efecto.

Señaló que si bien puede entrarse a discusiones sobre si el concepto de externalidad de la red es adecuado o no, lo cierto es que se refiere a un sobre costo o subsidio que tiene una finalidad muy clara, la cual se desprende de la propia resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones: alentar a aquel concesionario que ha invertido en ampliar la red para que lo continúe haciendo. Señaló que la externalidad no solamente beneficia al concesionario que amplió su red, sino también a los que se interconectarán con ésta, en tanto tendrán un mayor número de usuarios, siendo que entre más grande sea la red de telefonía móvil, la empresa de telefonía fija tendrá un mayor número de opciones para conectarse con un número mayor de personas.

Consideró que la externalidad cumple con criterios de razonabilidad, los cuales deben regir el análisis de validez del ejercicio de las facultades discrecionales, señalando que no es posible realizar un escrutinio estricto y profundo de las determinaciones que deriven de ellas, máxime que tienen su origen en el órgano que controla el sector y que define las políticas públicas que deben adoptarse en la materia. Agregó que la externalidad ha demostrado ser efectiva porque desde el día en que se estableció hasta la fecha las tarifas han ido disminuyendo gradualmente y ha crecido la densidad de la intercomunicación, siendo que si bien dicho concepto ya no se toma en cuenta, lo cierto es que surtió efectos y tuvo aspectos positivos en los periodos en los que se aplicó.

Por estos motivos, indicó que la referencia a los instrumentos internacionales no sirve como fundamento para cuestionar la decisión de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, máxime que algunos de estos instrumentos son posteriores a la determinación que ésta tomó y que respecto de ellos el Estado mexicano ha emitido reservas expresas.

El señor Ministro Valls Hernández manifestó estar de acuerdo con el proyecto. Consideró que no puede tomarse en cuenta la prima de externalidad como un costo, pues de lo contrario pueden generarse distorsiones tarifarias que impiden una sana competencia entre los concesionarios del servicio telefónico a nivel de telefonía local, de fijo a móvil, bajo la modalidad “el que llama paga”, indicando que, en todo caso, dicha prima sólo puede aplicarse tratándose del servicio internacional de llamadas, cuando de común acuerdo así lo determinen los concesionarios, de manera que la Comisión Federal de Telecomunicaciones está imposibilitada para aplicarla en las tarifas de interconexión que determine, máxime que en la ley no se estipula dicho cargo como un costo.

La señora Ministra Luna Ramos manifestó no coincidir con el proyecto en cuanto al concepto de externalidad que desarrolla. Indicó que la externalidad no forma parte de las tarifas pues se trata de un subsidio, lo que se corrobora con lo dicho por los cuatro peritos, en cuanto señalan que constituye un beneficio o un costo que no refleja su precio

real en el mercado, coincidiendo en que entre mayor sea el número de usuarios conectados a las redes de telecomunicación se proporciona un mayor beneficio a los usuarios, en tanto que se genera una mayor posibilidad de comunicación. Señaló que también coincide en que se trata de un beneficio que motiva a que las redes crezcan para que mayor sea la clientela que se adhiera a ellas, en la inteligencia de que no forma parte del modelo de costos sino que se trata de un precio adicional.

En cuanto a los documentos internacionales que el proyecto toma como base a fin de decidir si debe o no tomarse el concepto de externalidad como adicional a las tarifas, señaló que conforme al artículo 8° de la Ley Federal de Telecomunicaciones el órgano regulador debe tomar en consideración lo que establezcan los tratados internacionales, debiendo estimarse que dichos documentos constituyen meros referentes, siendo ésta la única manera de tomarlos en consideración, atendiendo a lo que dispone el artículo 51.3 del Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales que aprobó el Senado de la República el doce de agosto de mil novecientos noventa y uno, en cuanto señala que ninguna referencia de las recomendaciones del Comité Consultivo Internacional Telegráfico se interpretarán en el sentido de que se confiere a tales recomendaciones o instrucciones la misma condición jurídica que tiene el Reglamento.

Después de exponer otro punto del mismo Reglamento y su relación con la recomendación 140 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, así como citar el artículo 46 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, destacó que ninguno de estos instrumentos se refiere a la telefonía local sino a larga distancia internacional. Señaló que suponiendo sin conceder que esto pudiera tomarse como un referente, podrían desprenderse de ellos tres principios fundamentales: 1) en cada país hay condiciones distintas para la regulación tarifaria; 2) deben incluirse en las tarifas, además del costo de la red, los costes financieros y los costos generales, y 3) los ajustes deben hacerse en forma gradual de acuerdo a las condiciones de cada país. Indicó que por lo que se refiere a los principios aplicables a las tasas de distribución de los servicios telefónicos internacionales, la recomendación citada determina que las administradoras pueden tratar de reducir los costes de prestación de servicios telefónicos internacionales, y que las remuneraciones para la utilización de los medios de telecomunicación ofrecidos a las administraciones deberían cubrir los costes del suministro de estos medios: costes de la red y financieros así como gastos generales, los cuales dependen de muchos factores distintos en cada país.

Estimó que no puede tomarse un modelo a “rajatabla” que se utilice en un país diferente, aun cuando pudiera servir como un lineamiento general para determinar alguna situación, indicando que no puede perderse de vista que las

reglas de telefonía de larga distancia antes citadas hacen tomar conciencia de que el país tiene sus propias particularidades. Agregó que la recomendación 156 que se cita en el proyecto se emitió incluso con posterioridad al dictado de la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, impugnada en el amparo, por lo que encontrar apoyo en ésta implica no solo traer a colación un modelo que no solamente se refiere a una telefonía distinta, sino que fue emitido en tiempos muy distintos. De esta forma, señaló que los instrumentos internacionales a que se hace referencia en el proyecto pueden servir de meras referencias, pero nunca de orientaciones vinculantes, y que en caso de que se estimen como tales, debe tomarse en cuenta que de forma específica señalan que deben considerarse las divergencias que existen en cada país en cuanto a las condiciones tarifarias, y que al costo de la red deben incluirse, otros conceptos según la política pública que desarrolle cada país, además de que deben hacerse los ajustes en forma gradual.

Por ende, manifestó que se aparta de esta parte del proyecto donde se define el concepto de externalidad, y de la parte donde se indica que puede ser un ingreso, ya que los documentos internacionales sí implican la posibilidad de obtener un ingreso.

El señor Ministro Presidente Silva Meza manifestó estar a favor de la conclusión a la que arriba el proyecto, pero que ha llegado a ésta no en función del contenido y alcance de la

externalidad, sino en razón de la amplia deferencia que debe tenerse respecto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, tomando en cuenta que ésta tiene la posibilidad legal y constitucional de desenvolverse con total discrecionalidad en un ámbito técnico aunque no ilimitado, aun cuando sus determinaciones pueden sujetarse a una revisión constitucional.

Señaló que los principios de legalidad y racionalidad son los que en última instancia puede utilizar el revisor jurisdiccional para analizar la actuación del órgano regulador de manera que pueda evitarse llevar a cabo razonamientos que incluyan conceptos ajenos a los medios utilizados, en respeto al principio de deferencia y en observancia a la necesidad de fortalecimiento y razón de ser de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Una vez que se refirió a las cuestiones técnicas que debe tomar en cuenta dicha Comisión, relativas al modelo de costos, y a las cuestiones de política pública, relacionadas con un sistema de ajuste gradual de tarifas, indicó que este Alto Tribunal puede determinar la conveniencia o eficacia de dichos conceptos dada precisamente la deferencia que constitucional y legalmente se le debe tener al órgano regulador.

En estos términos, concluyó que llega a la misma conclusión que el proyecto en tanto que identifica una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, pero en

función de que la resolución que constituye el acto reclamado en el amparo padece de incongruencias tanto en la determinación de las tarifas como en diversas consideraciones que se realizan, lo cual resulta suficiente para que se conceda el amparo.

El señor Ministro Ortiz Mayagoitia indicó que el primer inconveniente que advierte respecto de muchas de las manifestaciones que se han expresado es que hacen necesario suplir los argumentos, tanto de la autoridad responsable, como de *****, en tanto que sustentan sus pretensiones en las referencias internacionales y no en el alcance de las facultades que le asisten a la Comisión Federal de Telecomunicaciones para determinar las condiciones de interconexión no convenidas entre los concesionarios.

Así, indicó que el proyecto pretende dar contestación al argumento de la autoridad en el sentido de que para solucionar el problema de poder de mercado en la terminación de llamadas en usuarios móviles, la oficina de telecomunicaciones del Reino Unido estableció que lo procedente era reducir las tarifas para orientarlas a costos, utilizando el método incremental promedio de largo plazo, de modo que se adiciona al costo de proveer el servicio un sobrecargo por externalidad de la red, en el entendido de que ese referente internacional en modo alguno justifica un cobro de externalidad, por lo que si en lugar de esto se contesta que la autoridad goza de un amplio arbitrio para la

determinación de las tarifas y, por tanto, la decisión debe ser intocada, se suplirían los agravios en un amparo de estricto derecho.

Por otra parte, en cuanto a la participación del señor Ministro Cossío Díaz, señaló que si la externalidad se entiende como una falla económica que hace necesario subsidiar a una empresa, surge la duda sobre a qué empresa deberá subsidiarse, y por qué tiene que ser sólo a una y al resto no.

En relación con lo expresado por el señor Ministro Aguilar Morales, en cuanto a que es necesario reconocer la inversión que ha realizado el concesionario para tener una red más grande y más actualizada, en tanto que ello beneficia a los restantes concesionarios, consideró que el costo de las inversiones ya se toma en cuenta en el modelo de costos incremental, de manera que resulta injustificado que aun cuando el proveedor del servicio de interconexión, que goza de una red más desarrollada, recupera su inversión mediante la tarifa sustentada en el costo incremental promedio de largo plazo, se le dé todavía un subsidio por externalidad, y a los demás concesionarios no, a pesar de que presten el mismo servicio, agregando que el proyecto sólo toma como base que la externalidad no es aplicable a la interconexión interna en el país, conforme al criterio internacional que invocó la autoridad responsable.

En cuanto a lo expresado por el señor Ministro Franco González Salas señaló que ninguna de las partes ha aducido que el cobro de externalidad sea arbitrario o desmedido, por lo que ciertamente no tendría ningún sentido señalar que el coste de externalidad no está fundado ni motivado, porque de esto no trata el agravio que se responde.

Finalmente, respecto de lo señalado por la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas, en cuanto a que la Comisión Federal de Telecomunicaciones, al incluir la externalidad, determina una política pública, señaló que las políticas públicas no se determinan en una resolución que resuelve un caso concreto, sino en acuerdos o decisiones que tienen otros alcances.

El señor Ministro Aguilar Morales indicó que no conceptualiza exactamente la externalidad como un subsidio, sino como una necesidad para la extensión de la red en condiciones especiales cuando la red no es lo suficientemente amplia para incorporar nuevos concesionarios en beneficio del público usuario.

Por otra parte, señaló que tampoco encuentra en los agravios que se haya alegado que la externalidad sólo sea aplicable internacionalmente y no a nivel nacional, indicando que la Ley Federal de Telecomunicaciones hace referencia a la necesidad de tomar en consideración ciertos referentes internacionales, los cuales, sin embargo, no deben ser vinculantes, sino que deberán tomarse en consideración

cuando así lo permita la naturaleza del servicio de cada país, en un momento determinado y de acuerdo con la tecnología que se disponga.

De esta forma, señaló que la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones no hace una política pública, sino que aplica la tendiente a lograr los objetivos que prevén las normas respectivas, indicando que no debe prescindirse de esto pues si se parte de la definición que propone el proyecto sobre la externalidad de la red, parecería que ésta es totalmente un elemento ajeno al caso, indicando que no es parte de los costos sino que constituye una necesidad de poder establecer ciertas condiciones económicas que permitan un objetivo de ampliar la interconexión a todos los concesionarios, en beneficio de un público usuario que se verá incentivado a participar en este sistema al saber que tiene la posibilidad de comunicarse con amplitud en el país, debiendo tomarse en cuenta los cambios tecnológicos que constantemente se dan.

Por último, señaló que si bien quizá la Comisión Federal de Telecomunicaciones ya no establece la necesidad de tomar en cuenta la externalidad, en las recomendaciones que se han citado no se desconoce, sino que, por el contrario, se establece la posibilidad de que se tome en consideración y se sugieren ciertas reglas para aplicarla, indicando que corresponde al órgano regulador vigilar que ello se lleve a cabo de la forma como lo determinan dichos instrumentos, y no a la Suprema Corte de

Justicia establecer que la externalidad no es aplicable en México y que, por tanto, carece de fundamento, en tanto lo tiene como política pública para alcanzar ciertos objetivos que se encuentran en ley.

El señor Ministro Cossío Díaz mencionó que existe una externalidad como falla del mercado, y que el problema es determinar si ésta debe corregirse o no. En estos términos, consideró que no puede establecerse una externalidad como política pública, a menos que sea positiva, sino que debe corregirse para tener un mercado completamente eficiente, mediante la introducción de una variación a un sistema de precios a la que se le puede llamar subsidio, el cual no es público, sino que opera como un sobreprecio, es decir, se trata de un subsidio que se carga a la tarifa.

Señaló que, contrario a lo indicado por el señor Ministro ponente Ortiz Mayagoitia, este subsidio no sólo se recibe por la empresa que tiene la red más grande, pues la reciben todas las empresas en la proporción del tamaño de su red, para cumplir con los fines previstos en los artículos 7º y 41 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, ya que de lo contrario se generaría una situación inequitativa. Al respecto, indicó que el mercado no tiene la función de hacer a todos iguales, sino que la generación de subsidios diferenciados para lograr la igualdad es un problema de la regulación de la competencia.

Por otra parte, señaló que en el caso no se está supliendo la deficiencia de la queja con la invocación de determinados preceptos, ya que el ejercicio jurisdiccional consiste en responder a los agravios con la invocación del derecho.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas reiteró que en el caso no existe una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, desde el punto de vista de que el órgano regulador no debe emplear una motivación reforzada, sino ordinaria, apoyando el argumento del señor Ministro Aguilar Morales en el sentido de que la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones no constituye una política pública, sino que en ella se aplica una política pública.

El señor Ministro Franco González Salas indicó que tenía a la mano los escritos de la demanda, y que a fojas cincuenta y cincuenta y dos del documento de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, ésta no se ciñe nada más a criterios internacionales sino que toma en cuenta la evolución de los mercados de servicio local y fijo a partir de la introducción de la modalidad de “el que llama paga” y también el resultado de obtener la evaluación de los costos de terminación de las redes del servicio local móvil a través de un modelo de costeo, por lo cual, precisamente impugna la resolución de la juez de Distrito.

Sometida a votación la propuesta del considerando décimo segundo en el que se propone declarar infundados los agravios planteados por la Comisión Federal de Telecomunicaciones y *****, relacionados con la externalidad de la red, los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra. Los señores Ministros Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza votaron a favor del sentido del proyecto.

El señor Ministro Ortiz Mayagoitia precisó que existen otros aspectos en torno al montante de la tarifa de los cuales el proyecto no se ocupó, pues al considerarse inaplicable la externalidad, no tenía sentido pronunciarse al respecto a si el montante estaba fundado y motivado. Propuso que si existe un criterio mayoritario sobre el particular, alguien de esta mayoría redacte el considerando, a fin de que el asunto continúe discutiéndose, pero que si no se llega a tomar una decisión respecto de este considerando, debe estimarse que el proyecto se desecha y que, por tanto, debe darse un cambio de ponente.

El señor Ministro Franco González Salas señaló que el último argumento que pronunció era exclusivamente en el sentido de que no resulta cierto que este Alto Tribunal esté indebidamente supliendo en el caso la deficiencia de la queja.

El señor Ministro Aguilar Morales precisó que se discutió si la externalidad de la red podría aplicarse o no en nuestro país, determinándose que sí podía aplicar y que su determinación resulta del ejercicio de las facultades rectoras del Estado que la Comisión Federal de Telecomunicación ejerce de acuerdo con sus necesidades específicas.

Consideró que la resolución de dicha Comisión, a partir de su punto 5.2 justifica la externalidad de la red en el caso concreto, cuyo establecimiento deriva de las facultades de política pública de dicho órgano regulador a partir de las cuales no sólo determina la existencia de la externalidad, sino también la forma de determinarla con base en referencias internacionales y con la experiencia necesaria en el mercado mexicano.

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

Señaló que una vez que se verificó el contenido de las votaciones emitidas se tiene que existe una coincidencia sustancial que si bien autoriza el desechamiento del proyecto, también admitiría que la mayoría designara a alguno de sus miembros para efecto de que se hiciera cargo del engrose en lo particular.

El señor Ministro Aguilar Morales se ofreció a hacerse cargo del engrose.

El señor Ministro Presidente Silva Meza indicó que si no existe inconveniente, el señor Ministro Aguilar Morales se haría cargo del engrose, proponiendo que se continúe con la vista del asunto de manera que se privilegie la dinámica de la discusión, y señalando que quedan a salvo los derechos de todos los señores Ministros para formular los votos concurrentes y particulares que estimen pertinentes.

Enseguida, sometió al Pleno la segunda parte del considerando en análisis, relativo a la reducción de la tarifa de interconexión.

El señor Ministro Ortiz Mayagoitia precisó que en este apartado se atiende a los conceptos de violación de ***** , que dejó de estudiar la Juez de Distrito, proponiéndose determinar que el incremento del tráfico de llamadas terminadas en usuarios móviles bajo la modalidad de “el que llama paga” no justifica la disminución de la tarifa de interconexión, dado que con ello decrecen los ingresos de los concesionarios de redes móviles por la terminación de llamadas, y que al determinarse una tarifa de interconexión menor a la que tiene convenida con otros operadores, se obstaculizan las inversiones que tenían programadas y se perjudica a los usuarios, ya que no podrán gozar de los beneficios que les ofrecía, toda vez que los ingresos que obtiene por concepto de externalidad de la red le permiten subsidiar la adquisición de los teléfonos móviles y ofrecer mejores condiciones tarifarias y mayor calidad de los servicios.

El señor Ministro Franco González Salas manifestó estar en contra del proyecto en este punto, con base en los argumentos que sustentaron su criterio respecto del apartado anterior, de acuerdo con los cuales la Comisión Federal de Telecomunicaciones tiene un amplio margen de discrecionalidad para fijar las condiciones de interconexión, indicando que ésta da una serie de razones del por qué es conveniente un esquema gradual para bajar las tarifas y que si bien, en efecto, de su resultado de costos a lo que fijó terminalmente, hay una diferencia importante, ello se encuentra explicado en la propia resolución, cuando indica que esto es lo conveniente para el mercado de las telecomunicaciones.

El señor Ministro Aguilar Morales manifestó coincidir con lo indicado por el señor Ministro Franco González Salas, considerando que existe un principio de justificación en la resolución de la Comisión citada, dando lectura a un párrafo de la página cincuenta y cuatro de la resolución, del cual advierte la existencia de una justificación razonable, por lo que la validez de la resolución en este aspecto es congruente con lo que la mayoría ha señalado respecto de las facultades rectoras del órgano regulador en la materia.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas manifestó que también estaría en contra del proyecto, considerando que la Comisión Federal de Telecomunicaciones ha ejercido sus facultades de modo discrecional, mas no arbitrario, al motivar las causas y por

las cuales determinó, entre otras cosas, el ajuste gradual de la tarifa de interconexión.

La señora Ministra Luna Ramos señaló que estaría en contra del proyecto en tanto se saca de contexto el argumento conducente de *****.

Sometida a votación la propuesta del considerando décimo segundo, en cuanto propone declarar infundados los conceptos de violación de *****, en cuanto a la reducción de la tarifa de interconexión, los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra. Los señores Ministros Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza, votaron a favor del sentido del proyecto.

A consulta del señor Ministro Presidente Silva Meza, los señores Ministros manifestaron su unánime conformidad en que el señor Ministro Aguilar Morales se ocupara de realizar el engrose de este apartado.

Enseguida, el señor Ministro Presidente Silva Meza sometió al Pleno el considerando décimo tercero, en donde se estudian los agravios con los que ***** combate la determinación de la Juez de Distrito de que el sistema de tasación para la medición del tráfico implementado en la resolución impugnada contraviene al artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y, en consecuencia, viola en

perjuicio de ***** las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

El señor Ministro ponente Ortiz Mayagoitia señaló que en el proyecto se propone determinar que, tal como lo determinó la Juez de Distrito, no existe una razón válida que justifique que para los años dos mil cinco y dos mil seis, la autoridad responsable haya determinado que la medición del tráfico debía realizarse por minuto redondeado, máxime que para el año de dos mil siete, si bien señala que la medición del tráfico debe realizarse por segundos, decidió imponer un sobrecargo del veinticinco por ciento sobre el total facturado, sin señalar la razón por la cual decidió imponer ese sobrecargo, lo que resulta violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica en perjuicio de *****.

La señora Ministra Luna Ramos manifestó que estaría a favor de la inoperancia de los agravios, dado que ya se pagó lo que resultaba de hacer la medición entre los años dos mil cinco y dos mil siete, de forma que dicho monto no podrá recuperarse por parte de los usuarios, recordando las tesis que se refieren a un caso similar en materia de impuesto al valor agregado.

El señor Ministro Cossío Díaz manifestó estar de acuerdo con el proyecto en cuanto propone declarar inoperantes los agravios al considerarse que la Comisión Federal de Telecomunicaciones goza de un amplio margen de libertad para configurar el modelo de costos que debe

implementar para determinar las tarifas aplicables a cada uno de los servicios de interconexión, además de que en el caso específico el modelo de costos de la Comisión no se señaló como acto reclamado. Sin embargo, señaló disentir de la parte que involucra un pronunciamiento sobre los conceptos de violación de *****, al considerarla innecesaria.

El señor Ministro Aguilar Morales preguntó si lo que se acaba de votar implica determinar que está justificada la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones a partir del punto 1.71 de su resolución, en el sentido de que sí se encuentra razonablemente motivada en este aspecto, partiendo del hecho de que la externalidad de la red es justificada, de modo que, en contra de lo que dice el proyecto, también podrían considerarse infundados los agravios que hacen valer, manifestando igualmente dudas sobre hacer explícita la determinación de que no existe una violación al principio de no discriminación e igualdad.

El señor Ministro Ortiz Mayagoitia indicó que la propuesta de la señora Ministra Luna Ramos le llama la atención en tanto que, al parecer, una empresa manifestó que no pagaría hasta que la Comisión Federal de Telecomunicaciones resolviera. Indicó que el proyecto da cuenta de una cláusula conforme a la cual si las tarifas determinadas por dicha Comisión importan diferencia entre las partes, ése es un convenio civil, y que cuando se sostuvo que aquélla no es autoridad jurisdiccional, se estableció que

los resultados de la nueva fijación de tarifas dieran lugar a acciones civiles. Indicó que, con independencia de lo anterior, los agravios pueden considerarse inoperantes porque el período dos mil cinco a dos mil siete debe estimarse cerrado.

Por otra parte, expuso la forma en la que su proyecto propone declarar inoperantes los argumentos enderezados a demostrar que ***** no ha repercutido la reducción de la tarifa de interconexión en la tarifa final que ofrece a sus usuarios, y el relativo a que la A quo soslayó que la responsable no precisó si en su modelo de costos se consideró el tráfico de llamadas por segundo o por minuto redondeado.

El señor Ministro Aguilar Morales manifestó que no estaría de acuerdo con lo anterior, tomando en consideración que la Comisión Federal de Telecomunicaciones tiene facultades para fijar la política pública, siendo que fue conveniente llevar a cabo la reducción gradual de las tarifas.

El señor Ministro Pardo Rebolledo planteó si dentro del concepto de externalidad de la red está incluida la decisión de bajar gradualmente las tarifas que fija la Comisión Federal de Telecomunicaciones, así como la determinación de que los dos primeros años deben ser redondeados y el último debe ser por segundo, señalando que de estimarse

que estos elementos sí se encuentran incluidos en aquél concepto la contestación a los agravios debe ser distinta.

El señor Ministro Cossío Díaz consideró que estas dos situaciones guardan autonomía, por lo que no tendría problema en considerar que los agravios de los que se ocupa el apartado en análisis son inoperantes y que, por tanto, debe confirmarse lo resuelto por la Juez de Distrito respecto del redondeo.

El señor Ministro Aguirre Anguiano consideró que existe una doble inoperancia en cuando que no tiene por qué afectarle a ***** el hecho de que se declare correcto haber cobrado por segundos y no por redondeo, si ya cobró, ni por qué afectarle a ***** si ***** devuelve a los usuarios el concepto de cobro.

El señor Ministro Aguilar Morales consideró que la cuestión del redondeo es autónoma a la de la externalidad, aunque participa de los mismos razonamientos en el sentido de que la Comisión Federal de Telecomunicaciones, al dictar su resolución, aplica una política pública y funge como rectora del Estado.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García pidió la oportunidad de intervenir en la próxima sesión.

El señor Ministro Cossío Díaz señaló que mientras la externalidad no afecta las tarifas, el redondeo sí lo hace, por lo que no tiene relación con la externalidad. Por otra parte,

indicó que si pudiera sostenerse otra causa para desestimar los agravios que no sea la inoperancia propuesta, deberá votarse aparte, indicando que no resulta conveniente discutir los efectos de la sentencia sino una vez tomada esta primera votación.

La señora Ministra Luna Ramos coincidió en que el concepto de redondeo es algo distinto a lo que ha sido votado. Indicó que, ya fijada la tarifa, se determinará cómo se va a cobrar el costo, por minuto o por segundo, o redondeado a minutos de cada llamada o redondeado al final con la suma total de los segundos reales a minutos, sin que sea lo mismo sumar los segundos en cada llamada y redondearlos a minutos, que sumar los segundos de todas las llamadas y redondearlo al final, lo que es totalmente ajeno a la fijación realmente de las tarifas.

Consideró que si bien el hecho de que el redondeo ya haya sido efectuado sería una razón diferente de inoperancia, lo cierto es que el agravio debería calificarse de fundado pero inoperante, porque el hecho de que se declare fundado no derivaría en un beneficio para el público consumidor como se ha mencionado, porque éste ya pagó, reiterando que existen tesis en materia impositiva en las que el Pleno ha establecido, respecto de cuestiones relacionadas con el impuesto al valor agregado y los bienes de servicios suntuarios, que cuando se devuelve alguna cantidad es porque se erogó del bolsillo del quejoso, pero no porque

haya un consumidor final, que a últimas cuentas fue el que pagó la tarifa correspondiente.

A sugerencia del señor Ministro Aguirre Anguiano, el Tribunal Pleno acordó que, una vez resuelto este asunto se pase al estudio de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral que se encuentran listadas, y que el amparo en revisión 318/2011 se analice hasta el lunes cinco de noviembre siguiente, a fin de que dicho señor Ministro tenga la oportunidad de realizar los ajustes pertinentes tomando en cuenta las determinaciones adoptadas por el Pleno en el amparo en revisión 426/2010.

El señor Ministro Presidente Silva Meza convocó a los señores Ministros para la Sesión Pública Ordinaria que se celebrará el martes treinta de octubre del presente año, a partir de las once horas y levantó esta sesión a las catorce horas con diez 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.