

Boletín 5/2011
29.04.11

Comentarios respecto a la contradicción de tesis 268/2010: procedencia de la suspensión de las resoluciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones ("COFETEL") en materia de interconexión, cuyo proyecto de resolución será discutido en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹ ("SCJN").

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) define a la interconexión como *"los arreglos comerciales y técnicos bajo los cuales los proveedores de servicios conectan sus equipos, redes y servicios para permitir a los consumidores acceder a servicios y redes de otros proveedores de servicios"*.

La interconexión facilita la posibilidad a usuarios de servicios de telecomunicaciones de comunicarse con otros usuarios o acceder a servicios y redes de otros operadores, asegurando, además, que cualquier comunicación pueda llegar a su destino independientemente de la red que se utilice, proceso que, de no existir, generaría que los usuarios se vieran limitados a conectarse únicamente con los usuarios de su misma red y eliminaría la posible competencia entre diferentes redes.

En ese sentido, a fin de permitir la interconexión e interoperabilidad entre las redes de los distintos operadores, es necesario contar con dos elementos:

- a) **Material.**- Se refiere a la necesidad física de que los equipos, redes y servicios estén diseñados de forma tal, que permitan que los usuarios de servicios y redes de otro proveedor puedan ser conectados.
- b) **Acuerdo entre los proveedores.**- en estos acuerdos se establecen las condiciones bajo las cuales se habrá de realizar la interconexión, incluyendo las relativas al precio que habrá de pagar el operador cuando requiera conectarse a la red de otro operador.

¿QUÉ RESOLVERÁ LA SCJN?

El próximo lunes 2 de mayo tendrá lugar un acontecimiento muy importante en el ámbito judicial de las telecomunicaciones en México: el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolverá la contradicción de tesis 268/2010 relativa a la interconexión de redes de telecomunicaciones, sustentadas por el Noveno y Décimo Tercer Tribunales Colegiados, ambos en materia administrativa del primer circuito.

¿QUÉ ES UNA CONTRADICCIÓN DE TESIS?

Una contradicción de tesis es una de las formas a través de las cuales se forma jurisprudencia en nuestro país, y tiene lugar cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan criterios opuestos o contrarios en torno a un mismo problema jurídico, de forma tal que interpretando y fundándose los tribunales en similares disposiciones legales, uno afirma lo que el otro niega. Al resolverse ²la contradicción de tesis se fija jurisprudencia respecto a cómo debe resolverse ese problema jurídico para casos futuros. Hay que recordar, que la Jurisprudencia obliga al Poder Judicial.

¹ El Proyecto puede consultarse en <http://www.scjn.gob.mx/2010/Documents/CT-268-2010.pdf>

² La contradicción de tesis entre Tribunales Colegiados de Circuito puede ser resuelta por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En cambio, la contradicción de tesis entre Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación únicamente podrá ser resuelta por el Pleno de ésta.

Antecedentes

Conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones, la COFETEL tiene la facultad para resolver las condiciones que en materia de interconexión no logren convenirse entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones. Así pues, en ejercicio de dicha facultad, el Pleno de la COFETEL emitió diversas resoluciones por virtud de las cuales, determinó las condiciones de interconexión no convenidas entre operadores y ordena la interconexión de sus respectivas redes.

En contra de dichas resoluciones que emitió la COFETEL, los concesionarios inconformes interpusieron sendas impugnaciones a través de los medios procesales que nuestra legislación prevé para tal efecto, de lo cual resultó una contradicción entre lo resuelto por dos Tribunales Colegiados, a saber:

a) El Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió el amparo en revisión R.A. 38/2010-204 y sostuvo el criterio *"...de que las cuestiones derivadas de **las resoluciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones**, en las que se establecen entre otras determinaciones las tarifas de interconexión entre concesionarios, **involucran disposiciones de orden público e interés social, por lo que no procede otorgar la suspensión en contra de esos actos...**"*

b) Por su parte, el Noveno Tribunal Colegiado en la misma materia y circuito resolvieron los incidentes de suspensión (revisión) R.I. 458/2008 Y R.I. 474/2006, afirma que: *"...las resoluciones en las que se fijan tarifas de interconexión que regirán entre empresas concesionarias de redes públicas de telecomunicación, al estar orientadas a dirimir una controversia entre particulares, sus efectos únicamente pueden afectar a éstos, al encontrarse vinculados por los servicios que se prestan entre ellos, por lo que con **el otorgamiento de la suspensión no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público...**"*³

Proyecto de resolución del Ministro Ponente: José Fernando Franco González Salas.

El proyecto de resolución de la contradicción descrita, identifica dos puntos de contradicción:

a) Suspensión de la determinación de la COFETEL, por la cual se ordena la interconexión entre concesionarios.

El sentido del proyecto es que contra la sola orden de la COFETEL para que se realice la interconexión de redes de telecomunicaciones, no procede conceder la suspensión ni por la autoridad administrativa ni por la jurisdiccional, esto en base a las siguientes consideraciones:

- La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, así como la Ley de Amparo, exigen como requisito común para suspender la ejecución del acto impugnado que con

³ Pág. 2 del proyecto.

Boletín 5/2011
29.04.11

dicha concesión no se afecte al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

- Conforme a jurisprudencia de la segunda sala de la SCJN, se considera que se causa perjuicio al interés social y se contravienen disposiciones de orden público, cuando se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentiría, en el entendido de que estos conceptos deben analizarse en cada caso en concreto.
- La suspensión de una resolución de la COFETEL, por virtud de la cual se ordene la interconexión de redes de telecomunicaciones puede privar a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le puede inferir un daño que, de otra manera no resentiría, debido a que si se suspendiere una posible interconexión, implicaría que uno o más operadores del mercado no pudieran operar, o bien lo hicieran en condiciones desventajosas frente a otros competidores, lo cual redundaría en perjuicio de los usuarios finales.⁴

b) Suspensión en contra de la determinación de condiciones tarifarias.

En cuanto al segundo tema que plantea el proyecto del Ministro Ponente, relativo a si la eventual otorgamiento de la suspensión en contra de las determinaciones adoptadas por la COFETEL por las que se fijan las condiciones tarifarias de interconexión, genera o no una afectación al interés social y la contravención a disposiciones de orden público, dicho proyecto señala, principalmente, las siguientes consideraciones⁵:

- Cuando los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones no hayan podido convenir en el monto de las tarifas de interconexión, tal situación no implica que se deba afectar la interconexión de redes entre ellas, debido a que existe obligación legal para que los concesionarios interconecten sus redes y, por lo tanto, existe seguridad de que continúe la interconexión de redes independientemente de que los concesionarios no se hayan puesto de acuerdo en relación con la cuantía de las tarifas de interconexión que debe regir entre ellos.
- El servicio de interconexión está garantizado a pesar de que los concesionarios no hayan podido llegar a un acuerdo en relación con la tarifa que debe cobrarse entre ellos.
- La posible variación en las tarifas de interconexión entre concesionarios pudiera impactar el costo del servicio que reciben los usuarios finales. Sin embargo, el Proyecto concluye que el incremento o reducción en el costo del servicio a los usuarios finales, derivado de la modificación en las tarifas de interconexión, no es una consecuencia directa y necesaria de la resolución emitida por la COFETEL, pues ésta, por regla general, no es la encargada de fijar las tarifas finales que se cobran a los usuarios, sino que son aspectos económicos y comerciales, los que determinan si el incremento o decremento en las tarifas de interconexión, trasciende a la tarifa final que se cobra a los consumidores.

Con base en las consideraciones mencionadas, el proyecto concluye que la resolución de la COFETEL, mediante la cual establece la tarifa que debe pagar un concesionario a

⁴ Pág. 91 del proyecto.

⁵ Págs. 101-107 del Proyecto.

Boletín 5/2011
29.04.11

otro derivado de la interconexión, es una cuestión que no trasciende a la colectividad, y sólo afecta a los concesionarios involucrados, razón por la cual, en caso de suspenderse dicha resolución, no se causa una afectación a la colectividad ni se le priva de beneficio alguno, por lo que **sí es procedente la suspensión en estos casos.**

En síntesis, el proyecto del Ministro Ponente propone resolver lo siguiente:

Suspensión contra la interconexión ordenada por la COFETEL.	No procede otorgarla.
Suspensión del pago de las tarifas de interconexión fijadas por la COFETEL.	Sí procede otorgarla, condicionada a los requisitos de efectividad que correspondan.

¿QUÉ PENSAMOS EN OBSERVATEL?

En cuanto a la resolución propuesta al primer punto de contradicción, es decir, la procedencia de la suspensión de la determinación de la COFETEL, por la cual se ordena la interconexión entre concesionarios, coincidimos con las razones y el sentido de la resolución expuesta por el Ministro Ponente, en el sentido de que la obligación de interconectar las redes genera una afectación al interés social.

En relación con el segundo punto de contradicción, consideramos que, efectivamente, la experiencia indica que las tarifas al usuario no se ven necesariamente beneficiadas con la disminución de las tarifas de interconexión y, por lo tanto, sigue siendo un tema relacionado con aspectos económicos y comerciales entre empresas. Sin embargo, creemos que debería privilegiarse la **NO SUSPENSIÓN** de las resoluciones de COFETEL, por lo siguiente:

- 1. FORTALECIMIENTO DEL REGULADOR.** Las decisiones de la COFETEL sobre tarifas de interconexión no deben considerarse de manera aislada, sino en conjunto con temas de competencia, convergencia y la propia interconexión, pues todos ellos son –o al menos deberían– ser parte de una política pública en conjunto. Tarifas de interconexión por arriba de costos tienden a desplazar a la competencia y un sector sin o con menor competencia, afectará a los usuarios. Un regulador que tiene por ley facultades de resolver desacuerdos relacionados con un insumo básico de las telecomunicaciones como lo es la interconexión, debe, al menos, contar con el beneficio de la duda en relación a la legalidad de sus actos.
- 2. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN EN EL TIEMPO.** Los largos lapsos en la resolución de litigios pueden tener como efecto la anulación de la política pública. Hasta ahora, sin un pronunciamiento **general** que obligue a todo el Poder Judicial sobre la procedencia o no de la suspensión en estos casos, la decisión era casuística, individual. Consideramos que ante lo delicado de establecer una decisión en el sentido de la procedencia de la suspensión vía jurisprudencia, en caso de duda debe confiarse en las instituciones del Estado y en hacer valer las políticas públicas dictadas en el momento, pues, como se dijo, es necesario considerar el largo tiempo que llevan los procesos judiciales y que, en materia de telecomunicaciones para el caso concreto de interconexión, puede tener efectos reales de **“anulación”** de

dicha política pública y afectar transversalmente otras políticas relacionadas con competencia y convergencia.

3. **INCENTIVO A LITIGIOS.** Una resolución de la SCJN en el sentido de que **sí procede** la suspensión de las resoluciones de la COFETEL en materia de tarifas de interconexión, podría traducirse en un incentivo para que las empresas que se vean perjudicadas con una resolución, interpongan recursos judiciales siempre que se resuelva de manera distinta a su interés, pues sabrían que el peor de los casos es perder el juicio y que después de años se sostenga la tarifa de COFETEL, pero que en ese lapso se verían beneficiados de mantener dicha resolución suspendida, incluso con posibles beneficios financieros.

Por el contrario, una resolución de la Corte orientada a **NO SUSPENDER**, propiciaría acuerdos entre las partes, que es el espíritu del artículo 42 de la LFT, pues mantendría la prevalencia del orden de las voluntades: 1. La voluntad de las partes, 2. La decisión de COFETEL, 3. La decisión del Poder Judicial. En caso contrario, el orden se altera: 1. La voluntad de las partes, 2. La decisión del Poder Judicial, 3. La decisión de COFETEL (eventualmente).

4. **MAYOR TRANSPARENCIA Y DEFINICIÓN.** Preocupa a Observatel la falta de transparencia con la que la COFETEL y la SCT han resuelto históricamente los desacuerdos de interconexión e incluso la tardanza para hacerlo. Sería deseable tener procesos más transparentes y eficaces, que involucren a todos los actores. Asimismo, en Observatel pensamos que **ES URGENTE** la definición del rumbo del sector con objetivos y acciones concretas y alcanzables en beneficio de los consumidores.
5. **GARANTÍAS Y CONTRAGARANTÍAS.** No obstante que la SCJN resuelva a favor de la NO PROCEDENCIA de la suspensión de las resoluciones de COFETEL en materia de tarifas de interconexión, en Observatel consideramos que el operador que se vea beneficiado con la disminución de dichas tarifas definidas por el órgano desconcentrado SIEMPRE deberá otorgar garantía para que, en el caso de que pierda el juicio, los derechos patrimoniales del otro operador se encuentren debidamente protegidos.
6. **PARTICIPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO.** Partiendo de la problemática señalada, sería conveniente que se realizaran modificaciones a la Ley Federal de Telecomunicaciones, a fin de modernizar el marco jurídico otorgando mayores facultades a la COFETEL e incluyendo derechos y obligaciones específicos a los operadores en cuestiones relacionadas con convergencia, competencia, tarifas al usuario e interconexión. Es necesario recordar que el marco jurídico en materia de interconexión data de 1995 (año de publicación de la LFT), por lo que la situación del sector era sumamente distinta a la que tenemos el día de hoy. Consideramos imperante que el poder Legislativo revise y modifique la citada Ley, con la finalidad de que las políticas públicas que, en su caso, definan la COFETEL y la SCT, puedan contar con sustento y rumbo definido y estén orientadas a beneficiar a usuarios y a dar certidumbre jurídica a los operadores.