LM KRASOVSKY Y ASOCIADOS, S.C.
Y OTROS
VS
NII TELECOM, S. DE R.L. DE C.V.,
SERVICIOS DE RADIOCOMUNICACIÓN
MÓVIL DE MÉXICO, S.A. DE C.V.,
DELTA COMUNICACIONES
DIGITALES, S. DE R.L. DE C.V.,
INVERSIONES NEXTEL DE MÉXICO, S.A. DE C.V.,
OPERADORA DE COMUNICACIONES, S.A. DE C.V.,
NII DIGITAL, S. DE R.L. DE C.V.,
Y COMUNICACIONES NEXTEL DE MÉXICO, S.A. DE C.V.

#### **TOCA CIVIL 682/2015**

MAGISTRADO TERCER TRIBUNAL UNITARIO EN MATERIA CIVIL, ADMINISTRATIVA Y ESPECIALIZADO EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES PRESENTE.-

LUIS MIGUEL KRASOVSKY PRIETO, en mi carácter de representante legal de LM KRASOVSKY Y ASOCIADOS, S.C., Representante Común de la Colectividad, personalidad que tengo debidamente acreditada en los autos del Toca Civil indicado al rubro, señalando como domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos el ubicado en Tennyson 97, Colonia Polanco de esta Ciudad de México y autorizando como abogados procuradores a los licenciados- SANTIAGO ROCHA LANDERO con cédula profesional 5445021, OMAR ULISES CAMACHO LÓPEZ con cédula profesional 9461669, PAMELA NAVA LOYO con cédula profesional 10326234, HÉCTOR RAMÓN CHÁVEZ CARRIZOSA, con cédula profesional número 2088923, MARÍA GUADALUPE AIRE GONZÁLEZ con cédula profesional número 2115956, RODRIGO ROSALES ROBLES con cédula profesional número 5090712, OMAR VALLES LAVANDERA con cédula profesional 4506312, ISAI TORRES VICTORIO con cédula profesional 6355723, HUGO MADRIGAL GOCHI con cédula profesional 7419128, ALAN LORENZANA CAMBEROS con cédula profesional 8509570, CARLOS RUBÉN ALCOCER FONSECA con cédula profesional 2439253 y RITA ANGELINA HUERTA QUINTERO con cédula profesional 10390266; así como a los C.C. JONATHAN TREJO ESPINOZA, ADÁN ADOLFO ESPINOZA HERNÁNDEZ, JOSÉ ALFONSO ARCE RAMÍREZ, y DIEGO ROCHA FRAUSTO, DANIEL MARTÍN DEL CAMPO BENITO y MAURICIO JUNQUERA FERNÁNDEZ, indistintamente, comparezco ante Usted C. Magistrado para exponer:

Que por medio del presente acudo a expresar **ALEGATOS** en relación con el cumplimiento a la Ejecutoria de Amparo dictada por el Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, dentro de los autos del Amparo Directo 193/2016, conforme a lo siguiente:

#### DE LA CARGA DE LA PRUEBA.-

Conforme a la sentencia de 31 de agosto de 2015, el Juez Cuarto de Distrito en materia Civil del Primer Circuito determinó que, en la presente acción colectiva, la carga de la prueba recaía en el proveedor, en la especie, en "Nextel/AT&T". Para llegar a dicha conclusión, el Juez natural argumentó lo siguiente:

"Ahora bien, el Ministro José Ramón Cossío Diaz, al resolver el Amparo Directo en Revisión 2244/2014, realizó un estudio en cuanto a temas probatorios que se estima conveniente traer a colación debido a la similitud con el presente.

En la ejecutoria aludida, se determinó que conforme al principio lógico de la prueba, quien tiene mejor capacidad para probar, más facilidad y acceso para aportar los medios de convicción es en quien recae la carga probatoria; es por ello que la regla general es quien afirma debe probar, pues es más fácil probar los asertos positivos que los negativos, de modo tal que quien hace una afirmación tiene que probar frente al que formula una negación.

Igualmente, se estableció que de acuerdo con el principio ontológico de la prueba, lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba; fijando que este principio determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas, de modo tal que se presumen determinados hechos en atención a las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y, en consecuencia debe probarse lo contrario.

Concluyo (ya en materia de bienes y servicios), que el artículo 32, párrafo primero, de la Ley Federal de Protección al

Consumidor dispone que la información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberá ser veraz, comprobable y exenta de descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosa o abusiva.

Por lo que en dicha ejecutoria se aludió a que el artículo 42 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece como una obligación del proveedor entregar el bien de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegada, salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor.

En la resolución en cita se fijó que, cuando se trata de la afectación de derechos de los consumidores aduzcan y presenten indicios de que la publicidad o información difundida por el proveedor es engañosa, se deben tomar en cuenta los principios lógico y ontológico de la prueba que han quedado apuntados, a partir del conocimiento de que el grupo que se estima afectado no cuenta con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar elementos de prueba y, por ende, no puede demostrar que la información o publicidad no cumple con las características que les exige la propia ley.

Por lo que, dedujo que partiendo de la base de que lo ordinario es que el oferente del producto verifica la autenticidad de lo que afirma en su publicidad y de que los artículos 32 y 42 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establecen una serie de características que debe reunir la publicidad para no ser catalogada como engañosa, la carga probatoria se distribuye según el tipo de enunciados (empíricos o valorativos) que se traten de demostrar.

En ese asunto, se determinó que es al proveedor al que le corresponde desvirtuar los indicios aportados por los consumidores y comprobar que la información que publicita es exacta y verdadera y, por ende, comprobable, porque exigir a los consumidores que aporten pruebas irrefutables que demuestren que la información es inexacta o falsa haría nugatorio su derecho al acceso a la justicia, pues nadie puede conocer mejor que el proveedor el proceso de producción del bien que comercializa.

Igualmente, se dijo que la evaluación de los aspectos valorativos, es decir que la información o publicidad es exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa, deberá ser el demandante quien

pruebe que la publicidad tiene esas características y que la emisión de las mismas condujo al error al consumidor.

Ello, porque ante la valoración de elementos empíricos (exactitud y veracidad) la carga de la prueba para demostrar que el producto cumplió con los términos y condiciones ofertados es para el proveedor debido a que se encuentra en una situación de ventaja frente al consumidor ya que conoce la eficacia del producto ofrecido y cuenta con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar los elementos de prueba necesarios para demostrar que su información no induce al error al consumidor que pueda generar un daño o perjuicio al mismo. En cambio cuando se está ante elementos valorativos (exageración, parcialidad, artificio o tendencioso) la carga de la prueba de que dicha información o publicidad lo indujo al error, es del consumidor.

Finalmente, estableció que al sostener afirmaciones de tipo empírico al ofrecer los productos y servicios, se deben tener los estudios previos con el sustento técnico y científico que demuestren que dicha afirmación es exacta y verídica y por ende comprobable, de ahí que conforme a los principios lógico y ontológico de la prueba, debe corresponder la carga de la prueba a quien afirma que se obtendrán los resultados que promete.

Las anteriores consideraciones, se estiman relevantes al tratar cuestiones de calidad en bienes y servicios, pues si bien en el presente no se valorarán iguales elementos empíricos (exactitud y veracidad), como fue la publicidad engañosa de aquel, lo cierto es, que la característica de la deficiencia aludida por los promoventes, goza de características similares porque el punto de partida de la colectividad versó sobre la calidad ofrecida por la demandada en su publicidad y conforme a lo pactado en los contratos celebrados y la insuficiencia de esta aptitud.

De ahí que las directrices que se plantearon en la aludida ejecutoria proporcionen a la presente resolución pautas suficientes para el estudio de la acción, así como el punto probatorio a acreditar por cada una de las partes.

En la especie, se reclama la realización de actos e inversiones necesarios para la presentación de servicios que ofrece la demandada en materia de telecomunicaciones de manera óptima y satisfactoria, cumpliendo con los términos ofrecidos y convenidos, así como el cumplimiento del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones que en forma individual el grupo

refirió haber celebrado con la parte demandada, consistente en la condena a prestar los servicios ofrecidos de modo óptimo y eficiente a favor de los usuarios, esto es, sin interrupción o deficiencia en conectividad, más accesorios que hacen consistir en la bonificación del 20% (veinte por ciento) de las cantidades entregadas a la demandada, indemnización por daños y perjuicios, disminución del precio que pagan los usuarios hasta en tanto los servicios en telecomunicaciones.

Ello, con base en la deficiencia de los servicios que la demandada prestó a la colectividad, contraviniendo los términos en que fueron ofrecidos y convenidos en los respectivos contratos.

Por lo que debe resaltarse que genéricamente el término "deficiente" se utiliza para calificar determinado hecho, objeto o situación, pues implica la cualidad o calificativo que posee un elemento, una persona o una situación determinada que implica que son completamente eficientes conforme a su objeto.

Mientras que el término de eficiencia es empleado para referirse a la habilidad de contar con algo o alguien para obtener un resultado; puede comprender un sistema de pasos e instrucciones con los que se alcanza garantizar calidad en el producto final de cualquier tarea.

Por ello, depende de los elementos que la integran para expedir un producto de calidad y es necesario comprender todos los ángulos desde donde es visto, a fin de satisfacer todas las necesidades que el producto pueda ofrecer.

Así al considerar que quien tiene mejor capacidad para probar, más facilidad y acceso para aportar los medios de convicción es en quien recae la carga probatoria, por lo que la regla general es que quien afirma debe probar, pues es más fácil probar los asertos positivos que los negativos, de modo tal que quien hace una afirmación tiene que probar frente al que formula una negación, debe decirse que no obstante que la parte actora sostiene la deficiencia en los bienes y servicios que la demandada le ofreció y que debieron ser proporcionados conforme a lo pactado en el contrato base de la acción, lo cierto es que dicha cualidad al ser una característica negativa, resulta difícil de demostrarse.

Mientras que la calidad eficiente goza de particularidades comprobables que deben ser demostrados en el presente asunto por la demandada, pues evidentemente, tiene mejor capacidad

# para probar, más facilidad y acceso para aportar la prueba, por lo que es en esta en quien recae la carga probatoria.

Aunado a que se estima que los consumidores no cuentan con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar elementos de prueba y, por ende, les resulta difícil demostrar que los bienes y servicios de la demandada no cumplen con las características que les exige la propia ley.

Es así, pues el proveedor se encuentra en una situación de ventaja frente al consumidor ya que conoce la eficacia del producto ofrecido y cuenta con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar los elementos de prueba necesarios para demostrar la calidad del servicio.

Así las cosas, debido a la naturaleza del objeto de prueba, es decir, los servicios ofrecidos y prestados, se estima que la eficiencia o eficacia debe ser demostrada por la reo."

#### (visible de la página 34 a 36 de la referida sentencia)

Conforme a la sentencia de fecha 29 de enero de 2016, emitida por el Tribunal Unitario que conoció de la apelación interpuesta, se dejó intocada la consideración efectuada por el Juez natural en cuanto a que correspondía a Nextel/AT&T la carga de la prueba.

Las consideraciones expresadas para determinar que es el proveedor quien tiene la carga de la prueba en materia de acciones colectiva tienen su fundamento en la Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo en Revisión número 2244/2014.

Es por lo anterior que, en el presente juicio, en relación con la carga de la prueba, se deberá tomar en consideración lo siguiente:

• La carga de la prueba recae sobre la parte demandada (Nextel/AT&T), atendiendo a los principios favor debilis y de acceso efectivo a la justicia, pues debe tomarse en cuenta que al grupo de consumidores afectado se le dificulta enormemente hacerse de la información que la parte demandada tiene en su poder y que resulta vital para probar fehacientemente la acción intentada.

- El proveedor debe contar con el respaldo técnico y científico que acredite que la información de un determinado servicio es exacta y verdadera y, por ende, los atributos del servicio que anuncie en su oferta deben ser comprobables, al ser enunciados empíricos que pueden ser probados.
- Es al proveedor al que le corresponde desvirtuar los indicios aportados por los consumidores y comprobar que la información publicitada es exacta y verdadera y, por ende, comprobable. Exigir a los consumidores que aporten pruebas irrefutables que demuestren que la información es inexacta o falsa, haría nugatorio su derecho al acceso a la justicia, pues nadie puede conocer mejor que el proveedor el proceso de producción del bien que comercializa.
- La carga de la prueba para demostrar que el producto cumplió con los términos y condiciones ofertados es a cargo del proveedor, debido a que se encuentra en una situación de ventaja frente al consumidor, ya que conoce la eficacia del producto ofrecido y cuenta con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar los elementos de prueba necesarios para demostrar que su información no induce al error al consumidor que pueda generar un daño o perjuicio al mismo.
- Es Nextel/AT&T quien guarda una situación de ventaja frente al consumidor, pues conoce el nivel de calidad y eficacia del servicio de trunking o radio que presta a sus usuarios, y cuenta con la información para aportar los medios de prueba necesarios para demostrar que dicho servicio cumple con los parámetros y condiciones establecidos en su publicidad, Títulos de Concesión, Contrato de Adhesión, Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Telecomunicaciones.
- No se puede exigir al grupo consumidor afectado el aportar pruebas irrefutables para demostrar que Nextel/AT&T no ofrece el referido servicio conforme a lo anunciado en su publicidad, así como en los Títulos de Concesión, Contrato de Adhesión, Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Telecomunicaciones, puesto que ello haría nugatorio su derecho al acceso a la justicia, pues nadie puede conocer mejor que el proveedor (Nextel/AT&T) la red de telecomunicaciones que explota, así como la infraestructura que posee y que le permita proveer el mencionado servicio de manera exitosa.

### DEL FONDO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.-

De conformidad con la sentencia de fecha 12 de abril de 2018, dictada por el Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, se concedió el Amparo para los siguientes efectos:

- 1. Deje insubsistente la sentencia reclamada;
- 2. En su lugar emita otra, en la que reitere lo que no fue materia de la concesión y parta de la premisa de que el Plan Técnico Fundamental de Calidad de Redes del Servicio Local Móvil no establece parámetros para medir el servicio de radio o trunking y éste no puede estimarse comprendido dentro del parámetro para la medición de llamadas.
- 3. Hecho lo cual, resuelva lo que conforme a derecho estime pertinente.

En cumplimiento a la Ejecutoria de Amparo, se solicita se tome en consideración lo siguiente:

- Que el Plan Técnico Fundamental de Calidad del Servicio Local Móvil publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 2011, establece indicadores de medición de calidad únicamente en cuanto a la telefonía, SMS y acceso a internet y los valores de cumplimiento en cuanto a esos indicadores.
- Dicho Plan Fundamental de Calidad no contempla indicadores de calidad ni valores de cumplimiento para el servicio de radio o *trunking*.
- La medición en la calidad de las llamadas realizadas por el IFETEL no puede tomarse en cuenta para determinar si se cumplió o no con la calidad del servicio de radio o *trunking*.
- Corresponde a la parte demandada (Nextel/AT&T) el demostrar la eficacia o eficiencia del servicio de radio o *trunking*.
- El A quo se basó en un reporte del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) para concluir que Nextel/AT&T cumple

con la calidad mínima necesaria en la prestación del servicio de radio o *trunking*, al considerarlo un parámetro objetivo para la medición de la calidad; sin embargo, de conformidad con lo considerado en la Ejecutoria de Amparo por el Noveno Tribunal Colegiado, dicho reporte de medición no debe tomarse en cuenta para establecer que Nextel/*AT&T* cumple con la calidad requerida en la totalidad de las ciudades donde presta dicho servicio de radio o *trunking*.

- Nextel/AT&T no aportó prueba alguna con la que se demostrara que presta eficientemente el servicio de radio o trunking en la totalidad de las localidades donde tiene Concesión, siendo su obligación hacerlo, pues la eficiencia o eficacia de dicho servicio debió ser demostrada por la demandada, al contar con mayor facilidad de obtención de los medios de convicción para tal efecto, aunado al hecho de que los consumidores no cuentan con la información y aptitudes técnicas y científicas para aportar elementos de prueba y les resulta difícil demostrar que el servicio de radio o trunking que presta la demandada no cumplen con las características que fueron anunciadas en la publicidad de Nextel/AT&T, así como en los Títulos de Concesión, Contrato de Adhesión, Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Telecomunicaciones (de acuerdo a la ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo en Revisión número 2244/2014).
- Correspondiendo a Nextel/AT&T demostrar fehacientemente que el servicio de *trunking* o radio es eficiente o eficaz, el A quo no tomó en cuenta que aquel no aportó medio probatorio alguno con el que acreditara dicho extremo.
- El A quo no tomó en cuenta, ni valoró los reportes de fallas reportados por el propio Nextel/AT&T al IFETEL, mismos que fueron remitidos por dicho Instituto, siendo que en dichos reportes se desprenden las fallas presentadas en el periodo de 2008 a 2013, así como sus motivos, ubicaciones, causas y procedimientos a seguir.
- El A quo menospreció que con dichos reportes de fallas quedó demostrado que efectivamente existió una conducta reiterada por parte de Nextel/AT&T que consistió en no prestar el servicio de radio o trunking conforme a las condiciones que establecieron en el Contrato de Adhesión de Prestación de Servicios, básicamente, de proporcionar a

sus suscriptores un servicio de calidad las 24 horas del día de los 365 días del año.

# CONDENA A PRESTAR EL SERVICIO DE RADIO O TRUNKING, ASÍ COMO DE LA ADQUISICIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA NECESARIA PARA EL EFICIENTE FUNCIONAMIENTO DEL RADIO O TRUNKING

El Magistrado José Juan Trejo Orduña, nos dice que las sentencias que ponen fin a las acciones colectivas tienen como contenido decidir sobre *daños colectivos* y *daños individuales*. El origen de los *daños colectivos* pueden ser conductas positivas u omisiones, entendidas como obligaciones de hacer o no hacer y <u>el objetivo es que cesen las causas y las consecuencias, así como el evitar nuevas violaciones</u>, que en muchos casos requiere de la corrección o <u>supresión de la práctica y sus efectos</u>.

Para conseguir este objetivo, será menester ser creativo e implementar mecanismos de tutela, provisional y definitiva y, en general, cuantas medidas específicas con resultado práctico o efecto equivalente se requieran para actuar como incentivos adecuados y con efectos ejemplares.<sup>1</sup>

Nextel/AT&T no probó el prestar un servicio de radio o trunking en forma eficiente en el presente juicio, y siendo este uno de los principales reclamos de la Colectividad, lo que procede en consecuencia es que se le condene a prestar dicho servicio de telecomunicaciones en forma eficiente, lo cual únicamente se logra teniendo la infraestructura en telecomunicaciones suficiente y adecuada. Ello es así, pues conforme a los dictámenes periciales todos los peritos coincidieron que la calidad de los servicios en telecomunicaciones prestados por Nextel/AT&T, dependen directamente de la infraestructura que posee para ello, de la elaboración de estudios para diseñar y construir correctamente su red, así como de las inversiones en infraestructura que se hayan hecho. Tomando en consideración que la Colectividad actora demandó: i) que se condene y obligue a que el servicio básico móvil de radiocomunicación especializada de flotillas ("trunking" o servicio de "radio"), sea prestado por la parte demandada de manera óptima y eficiente a favor de los usuarios, sin interrupción del servicio o deficiencia en conectividad; así como que ii) se condene y obligue a la obtención o

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Trejo Orduña. José Juan (Magistrado del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito), "ACCIONES COLECTIVAS", Reflexiones desde la judicatura, La sentencia y cosa juzgada en las acciones colectivas. Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. págs. 69-70.

adquisición de la infraestructura y tecnología necesaria y, en general, todos los actos que sean necesarios para que los servicios de *trunking* o radio sean prestados de manera óptima y eficiente a favor de los usuarios; se tiene que, ante la ausencia de material probatorio alguno y tomando en consideración que corresponde a Nextel/AT&T la carga de la prueba, <u>en consecuencia se deberá condenar a Nextel/AT&T a la realización de las inversiones necesarias para la adquisición de la infraestructura y tecnología necesaria para prestar exitosamente el servicio de *trunking* o radio.</u>

Para efectos de dicha condena y a efecto de cumplir con los artículos 583 y 599 del Código Federal de Procedimiento Civiles (CFPC) que le ordena al juzgador velar por la Colectividad y, en consecuencia, tomar medidas para dictar Sentencias efectivas y eficientes respecto de su ejecución, su Señoría deberá de tomar en cuenta que no obstante esta fue una de las principales prestaciones reclamadas en este juicio desde Febrero de 2012, el demandado Nextel (hoy "AT&T") unilateralmente dejó de prestar el servicio de radio o trunking desde el día 17 de agosto de 2017, lo cual anunció a sus clientes mediante un comunicado como el que se acompaña como Anexo 1 a este escrito y constituye un hecho notorio, pues así se desprende en diversas publicaciones internet, incluvendo https://www.att.com.mx/legales/apagado-radio-flotillas.html página de la demandada, donde excluyó el servicio de radio o trunking, donde constan los anuncios del abandono al servicio de telecomunicaciones que hace 7 años le viene reclamando judicialmente la Colectividad.

Adicionalmente, se solicita a su Señoría tome las medidas necesarias para determinar la cantidad líquida necesaria para ello.

#### DEL PAGO DE LA BONIFICACIÓN DEL 20% DE LO PAGADO. -

Del análisis del artículo 92 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, se advierte que los consumidores tienen derecho a recibir una bonificación o compensación cuando la prestación de un servicio sea deficiente, no se preste o proporcione por causas imputables al proveedor o por los demás casos que señale la ley.

Es el caso que, al haberse acreditado que Nextel/AT&T proporciona el servicio de *trunking* o radio de manera deficiente e insatisfactoria (conclusión a la que se llega al no existir en el presente expediente una sola prueba que acredite que el servicio de radio o *trunking* es eficiente o satisfactorio), incumpliendo

con lo ofertado en su publicidad, con lo establecido en los Contratos de Adhesión, sus Títulos de Concesión y lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Ley Federal de Telecomunicaciones en perjuicio de la Colectividad que represento, automáticamente se vuelve exigible el pago de la bonificación a que se refiere el artículo citado anteriormente, sin necesidad de que se revele de manera específica el grado de ineficiencia en la prestación de dicho servicio, pues basta que éste sea deficiente para que proceda el pago de la bonificación.

Para clarificar lo anterior, a continuación se describen las condiciones que Nextel/AT&T ofrece el servicio de *trunking* a sus usuarios:

Fuente de la Obligación	Obligación asumida por Nextel/ <i>AT&amp;T</i>
Publicidad en el sitio de internet <a href="https://www.nextel.com.mx">www.nextel.com.mx</a> (Fe de hechos Acta número 2285/2012, volumen Uno del Libro de Actas y Pólizas, protocolizada por el Corredor Público número Tres de la ciudad de Tijuana, Baja California, que obra en autos)	-El servicio de trunking es rápido, eficiente, funcional y flexible
Contrato de Adhesión	"Cláusula 2.1. Este Contrato tiene por objeto la prestación de Los Servicios todos los días del año las veinticuatro horas del día de conformidad con las condiciones y procedimientos que se establecen en el Código, y con apego a los términos y condiciones fijados en la Concesión, en la Ley Federal de Telecomunicaciones y en las demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables"
Ley Federal de Protección al Consumidor y Ley Federal de Telecomunicaciones (hoy Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión)	- A informar y respetar la calidad que se hubiere ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la prestación de los servicios en telecomunicaciones (artículo 7 Ley Federal de Protección al Consumidor)

-La información o publicidad respecto a los servicios en telecomunicaciones que ofrece **debe ser veraz y comprobable** (artículo 32 Ley Federal de Protección al Consumidor)

-A prestar los servicios en telecomunicaciones que ofrece de acuerdo con los **términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados** (artículo 42 Ley Federal de Protección al Consumidor)

- A prestar los servicios en telecomunicaciones sobre las bases tarifarias y de calidad contratadas con los usuarios (artículo 44, fracción VII, Ley Federal de Telecomunicaciones).

Por lo que, al no existir distinción respecto al grado de incumplimiento respecto de la calidad y especificaciones anunciadas y contratadas del servicio de *trunking* o radio prestado por la demandada, es que cualquier incumplimiento basta para que proceda la mencionada bonificación.

Respecto a los compromisos asumidos por Nextel/AT&T en su publicidad, se considera que no acreditó que el servicio de *trunking* sea **rápido**, **eficiente**, **funcional y flexible**.

Para evidenciar lo anterior, basta con analizar los autos para percatarse que no se aportó prueba alguna al procedimiento conforme a la cual se justificara que Nextel/AT&T presta dicho servicio de manera **rápida**, **eficiente**, **funcional y flexible**, como lo anuncia en su publicidad.

Asimismo, Nextel/AT&T no acreditó haber cumplido con el compromiso adquirido en el Contrato de Adhesión, pues no aportó prueba con la que justificara que prestó el servicio de *trunking* o radio en forma **todos los días** 

del año las veinticuatro horas del día de conformidad con las condiciones y procedimientos que se establecen en el Código y con apego a los términos y condiciones fijados en la Concesión, en la Ley Federal de Telecomunicaciones y en las demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables".

Nextel/AT&T, al no haber cumplido ni acreditado que cumple con la calidad y condiciones prometidas en su publicidad ni con las condiciones establecidas en sus Títulos de Concesión y Contrato de Adhesión, es que automáticamente se debe condenar al pago de la bonificación, pues el artículo 92 TER de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la bonificación o compensación procederá "cuando la prestación de un servicio sea deficiente, no se preste o proporcione por causas imputables al proveedor".

Dicha bonificación **no debe ser menor al 20%** de las cantidades que se han pagado, pues así lo establece el texto del artículo 92 TER de la Ley Federal de Protección al Consumidor de la siguiente manera: "... La bonificación a que se refieren los artículos 92 y 92 Bis no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado". Asimismo, tomando en consideración que la acción colectiva que nos ocupa se presentó en marzo de 2012, es que el reclamo que nos ocupa comprende desde el año 2008, tomando en consideración el plazo de prescripción negativa establecido en el artículo 584 del Código Federal de Procedimientos Civiles: "...Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación."

## CONDENA A REEMBOLASAR EL 20% DE LO PAGADO A FAVOR DE LA TOTALIDAD DE LA COLECTIVIDAD.-

Toda vez que es obligación de todo juzgador ejercer un control de convencionalidad ex oficio del orden jurídico, conforme al cual, pueden inaplicar una norma cuando ésta sea contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Constitución, en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea Parte, así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se solicita a su Señoría deje de aplicar el contenido del artículo 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual a la letra establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 594.- Los miembros de la colectividad afectada podrán adherirse a la acción de que se trate, conforme a las reglas establecidas en este artículo.

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la adhesión a su ejercicio podrá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 de este Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.

Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

Dentro de este lapso, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado. Los afectados que se adhieran a la colectividad durante la substanciación del proceso, promoverán el incidente de liquidación en los términos previstos en el artículo 605 de este Código.

Los afectados que se adhieran posteriormente a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, deberán probar el daño causado en el incidente respectivo. A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

En tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos.

Tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.

El representante a que se refiere el artículo 585 de este Código tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción."

Dicha disposición es contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Constitución, en concreto, a la garantía de tutela judicial efectiva, pues en dicho artículo se establecen una serie de requisitos para ser beneficiado o parte de la Colectividad afectada y para pertenecer a la acción colectiva ya iniciada, esto es, para acceder a la tutela de la justicia federal.

En sí, dicha disposición que en la doctrina se conoce como sistema del "*Opt-in*", impone a los miembros de la Colectividad afectada los siguientes requisitos para adherirse a la acción colectiva:

- El individuo afectado debe solicitar su adhesión por medio de una comunicación expresa dirigida al Representante Común.
- El individuo afectado deberá hacer llegar su consentimiento expreso y simple al Representante Común, quien a la vez lo hará llegar al Juez.
- Solamente tendrán derecho al pago de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación del daño causado.

El presente asunto demuestra que dicho sistema "Opt-in" es contrario al tercer párrafo del artículo 17 Constitucional que introdujo las Acciones Colectivas a nuestro sistema legal, ya que conforme a los principios de efectividad, eficiencia, flexibilidad, agilidad y sencillez que deben imperar en los procesos colectivos, en este caso, por la naturaleza de la reclamación presentada que es un reembolso del 20% de lo que hemos pagado cada miembro de la Colectividad (diferente a lo que sería promover un incidente para determinar los daños causados), el Magistrado debe proceder a condenar a que Nextel/AT&T entregue a cada cliente dicho reembolso del 20%, cuya determinación puede hacerla el propio juzgador y/o el propio Nextel/AT&T por tratarse de una simple operación matemática al contar con la información en su contabilidad. Sería ridículo y contrario a los principios de progresividad y no regresividad someter el derecho que tiene la Colectividad a su reembolso, a que tenga que manifestar expresamente que quiere recibir el 20% de lo que pagó durante el periodo de la demanda, así como a la necesidad de tener que

presentar un incidente exhibiendo los originales de las facturas recibidas desde hace 10 años que nadie tiene. En consecuencia, se solicita a su Señoría que con fundamento en el artículo 599 requiera y obtenga de Nextel/AT&T un listado de toda la Colectividad durante todo el periodo de la demanda, mediante el cual le indiquen cuánto recibió como pago de cada uno de los miembros de la Colectividad, a efecto de que en la misma Sentencia se haga la condena en cantidad líquida a cada miembro de la clase. Adicionalmente, se solicita a su Señoría que envíe a las instalaciones de Nextel/AT&T a un Contador de su confianza para obtener y/o confirmar dichas cantidades, cuyos honorarios ofrece pagar el suscrito para posteriormente buscar su reembolso del fondo creado para esos efectos.

Volviendo al tema de la convencionalidad, se solicita tomar en cuenta que los requisitos que exige el sistema *Opt-in*, evidentemente constituyen obstáculos formales y fácticos para que cualquier individuo que se ubique dentro de la Colectividad afectada, pueda acceder a la tutela jurisdiccional en tratándose de acciones colectivas.

Por tanto, para que la Sentencia de condena que se dicte sea realmente acorde al tercer párrafo del artículo 17 Constitucional, es necesario que su Señoría reconozca la inconstitucionalidad del sistema *Opt-in* antes aludido para poder dictar una Sentencia realmente efectiva en beneficio de toda la Colectividad y, en la Sentencia que se dicte, se deberá establecer que se considerarán como parte de la acción colectiva la totalidad de los clientes que hayan recibido el servicio de *trunking* dentro del periodo de septiembre de 2008 a la presente fecha.

Para la declaración de inconstitucionalidad del sistema *Opt-in* que se solicita a su Señoría cumplir con el mandato constitucional de analizar lo que sucede en otras jurisdicciones, lo que lo llevará a arribar a la conclusión que en Países como los Estados Unidos de América, Canadá, Brasil, Argentina, Colombia, Chile, Portugal, Holanda, Dinamarca, Inglaterra, Bélgica, entre otros, en donde se tiene una práctica muy amplia y efectiva de las Acciones Colectivas en las que opera el sistema *Opt-out*, salvo casos excepcionales como por ejemplo las acciones colectivas en materia laboral en los Estados Unidos.

Lo anterior, pues sólo de esa forma es posible lograr una protección efectiva de los derechos colectivos o de tercera generación de los consumidores reconocidos en los artículos 17 y 28 de nuestra Carta Magna y en la Ley Federal de Protección al Consumidor que fueron violentados por

Nextel/AT&T, pues a nada eficaz conducirá que se dicte una Sentencia de condena a la que sólo un margen de afectados podrá acceder, dados los irracionales requisitos y formulismos establecidos en el propio Código Federal de Procedimientos Civiles para acceder a los beneficios establecidos en la Sentencia.

Apoyan lo anterior, las siguientes tesis de jurisprudencia:

.....,......

Época: Décima Época Registro: 2019394

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 63, Febrero de 2019, Tomo II Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: I.14o.T. J/3 (10a.)

Página: 2478

## TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU RELACIÓN CON LOS FORMALISMOS PROCESALES.

El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Unidos Mexicanos establece para los jurisdiccionales la obligación de "privilegiar la solución del conflicto" por sobre los "formalismos procesales", con miras a lograr la tutela judicial efectiva. Este deber impuesto a los tribunales tiene como límite los derechos de las partes durante el proceso. El primero de ellos es el de igualdad procesal; esto es, las mismas oportunidades para exponer sus pretensiones excepciones, para probar los hechos en que las fundamenten y para expresar sus alegatos. El segundo, es el de debido proceso; es decir, el respeto a las "formalidades esenciales del procedimiento" (que consisten en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; la posibilidad de formular alegatos, y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas), así como otros derechos procesales que derivan de principios aceptados constitucionalmente, como los de presunción de inocencia, non bis in idem, contradicción, de preclusión, de eventualidad, de inmediación, de concentración, de publicidad,

etcétera. Atento a lo anterior, debe considerarse que los formalismos tienen como razón de ser garantizar tres cosas: 1) la buena fe de las partes durante el proceso; 2) la no arbitrariedad de los Jueces; y, 3) la seguridad jurídica (en el sentido de predictibilidad). En este sentido, no se trata de obviar indiscriminada o irreflexivamente las formas que previene el orden jurídico, por considerarlas obstáculos a la justicia, sino de comprender cuál es su función y si ella puede ser cumplida sin menoscabo de la sustancia del litigio. Así, el artículo 17 aludido, es sólo una de las normas –directrices, principios y reglas– a las que deben apegarse los tribunales, y éstos tienen que ajustar su actuación a todas.

# DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 834/2018. Jorge Alberto Ramírez Jiménez. 18 de octubre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Bonilla López. Secretaria: Ma. Perla Leticia Pulido Tello.

Amparo directo 835/2018. Efraín Noé Ramos Alvarado. 25 de octubre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Tarsicio Aguilera Troncoso. Secretario: Miguel Ángel Reynaud Garza.

Amparo directo 824/2018. Máximo Ortiz Estrada. 31 de octubre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Abel Aguilar Sánchez. Secretaria: Leslie Contreras Romero.

Amparo directo 862/2018. Aarón Pacheco Núñez y otra. 31 de octubre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Abel Aguilar Sánchez. Secretario: César Adrián González Cortés.

Amparo directo 938/2018. 23 de noviembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Bonilla López. Secretaria: Ma. Perla Leticia Pulido Tello.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de febrero de 2019 a las 10:24 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 25 de febrero de 2019, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2018637

Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I

*Materia(s): Constitucional* 

Tesis: 1a. CCXXXIX/2018 (10a.)

Página: 284

# DERECHO A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS, COMO PARTE DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

En el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual comprende tres etapas, a las que corresponden determinados derechos: (i) una previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción; (ii) una judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y (iii) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél. Ahora bien, el derecho a la ejecución de sentencias, como parte de la última etapa, es relevante por su instrumentalidad para que la justicia administrada se convierta en una realidad, evitando que las sentencias se tornen ilusorias o terminen por negar al derecho que se había reconocido. Lo anterior se advierte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, y Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, en los que se consideró que "la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia", sino que se requiere, además, que el Estado consagre normativamente recursos para ejecutar esas decisiones definitivas y garantice la efectividad de esos medios. Posteriormente en los casos Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Furlan y Familiares Vs. Argentina, y del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó que "la efectividad de las sentencias depende de su ejecución", de modo que ésta se establece como un

componente fundamental de la protección efectiva de los derechos declarados o reconocidos.

Amparo en revisión 882/2016. Banca Afirme, S.A. Institución de Banca Múltiple, Afirme Grupo Financiero. 3 de mayo de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Guerrero Zazueta.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de diciembre de 2018 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

.....,.....

Época: Décima Época Registro: 2017668

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 57, Agosto de 2018, Tomo III

Materia(s): Común

Tesis: VI.1o.A. J/18 (10a.)

Página: 2438

**DERECHOS** HUMANOS. EL**CONTROL** DE**ESTÁN CONVENCIONALIDAD** EX**OFFICIO OUE** OBLIGADOS A REALIZAR LOS JUZGADORES, NO LLEGA AL EXTREMO DE ANALIZAR EXPRESAMENTE Y EN **CADA** RESOLUCIÓN, ABSTRACTO EN **TODOS** DERECHOS HUMANOS QUE FORMAN PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

A partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor desde el once del mismo mes y año, y de conformidad con lo sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010 (caso Radilla

Pacheco), los Jueces de todo el sistema jurídico mexicano, en sus respectivas competencias, deben acatar el principio pro persona, consistente en adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, y además, al margen de los medios de control concentrado de la constitucionalidad adoptados en la Constitución General de la República, todos los juzgadores deben ejercer un control de convencionalidad ex oficio del orden jurídico. conforme al cual, pueden inaplicar una norma cuando ésta sea contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Ley Fundamental, en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea Parte, así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, si el Juez no advierte oficiosamente que una norma violente los derechos humanos mencionados, a fin de sostener la inaplicación de aquélla en el caso concreto, dicho control de convencionalidad no puede estimarse que llega al extremo de que el Juez del conocimiento deba oficiosamente comparar y analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, puesto que ello haría ineficaz e irrealizable el desarrollo de la función jurisdiccional, en detrimento del derecho humano de acceso a la justicia por parte de los gobernados, con la consecuente afectación que ello significa. Por tanto, la sola mención de que una autoridad violentó derechos humanos en una demanda de amparo, es insuficiente para que, si el juzgador de amparo no advierte implícitamente ex oficio la transgresión a una de dichas prerrogativas, analice expresamente en la sentencia todos los demás derechos humanos que pudieran resultar relacionados con el caso concreto, debiendo resolver la litis conforme al principio pro persona, a fin de determinar si el acto reclamado es o no contrario a derecho.

### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 293/2011. 10 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretario: Alejandro Andraca Carrera.

22

Amparo directo 545/2013. 4 de febrero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretaria: María del Rosario Hernández García.

Amparo directo 11/2014. 30 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: José Eduardo Téllez Espinoza. Secretario: David Alvarado Toxtle.

Amparo directo 45/2015. 9 de septiembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: José Eduardo Téllez Espinoza. Secretario: David Alvarado Toxtle.

Amparo directo 283/2017. 4 de julio de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Higuera Corona. Secretaria: María de Lourdes de la Cruz Mendoza.

Nota: La ejecutoria relativa al expediente varios 912/2010 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313.

Esta tesis se publicó el viernes 24 de agosto de 2018 a las 10:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 27 de agosto de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

A este tipo de acciones como la que se solicita a su Señoría recurriendo al artículo 1 de la Constitución, es a lo que se refiere el artículo 583 del CFPC que le ordena velar por la Colectividad, ya que de una mera interpretación conforme se puede lograr el beneficio para toda la Colectividad que en este asunto puede ascender a 4 millones de personas y se lograría también enviar un mensaje a todas aquellas empresas que abusan de sus clientes con conductas reiteradas de incumplimiento de sus obligaciones (como en el caso es la no prestación de un servicio eficiente de radio o trunking, que como vimos ya ni siquiera presta AT&T) que las colectividades pueden hacer valer sus derechos y que dichos derechos serán velados por el propio juzgador, lo que lograría uno de los principales objetivos de las Acciones Colectivas que consiste en procurar disminuir los abusos de las empresas.

23

#### DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Toda vez que existió una conducta reiterada por parte de la parte demandada, consistente en no prestar el servicio de *trunking* conforme a las condiciones que establecieron en el Contrato de Adhesión de Prestación de Servicios que signó con los usuarios, lo que se tradujo en un incumplimiento a las obligaciones contractuales, lo cual conlleva la existencia de daños y perjuicios en contra de la Colectividad representada en el presente juicio, pues la parte demandada no cumplió con lo que se obligó y, sin embargo, siguió cobrando el servicio.

Respecto al pago a favor de los usuarios afectados de una indemnización por concepto de los daños y perjuicios ocasionados, el artículo 92 TER de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece:

"ARTÍCULO 92 TER.- La bonificación a que se refieren los artículos 92 y 92 Bis no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado. El pago de dicha bonificación se efectuará sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios.

Para la determinación del pago de daños y perjuicios la autoridad judicial considerará el pago de la bonificación que en su caso hubiese hecho el proveedor.

La bonificación que corresponda tratándose del incumplimiento a que se refiere al artículo 92, fracción I, podrá hacerla efectiva el consumidor directamente al proveedor presentando su comprobante o recibo de pago del día en que se hubiere detectado la violación por la Procuraduría y no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado."

De lo anterior, se advierte que la mencionada Ley establece a favor de los consumidores una indemnización por concepto de daños y perjuicios, la cual es **independiente** de la bonificación a la que se refiere el artículo 92 BIS.

Por tanto, es procedente que se pague a la Colectividad actora los daños y perjuicios que se hayan sufrido por la falta de calidad en la prestación del servicio de *trunking*, por la falta de cumplimiento a las obligaciones asumidas en su publicidad, Títulos de Concesión, Contrato de Adhesión, Ley Federal de Protección al Consumidor y Ley Federal de Telecomunicaciones en perjuicio de la Colectividad actora; razón por la cual en la Sentencia que se dicte en el

presente procedimiento, además de condenar a los demandados a pagar las cantidades que resulten y que otorga la Ley Federal de Protección al Consumidor, se deberán de dictar las bases para que cada miembro de la Colectividad pueda acudir en forma incidental para acreditar los daños que le ha ocasionado el propio Nextel/AT&T como consecuencia directa de su incumplimiento.

En adición a lo anterior, en virtud de que quedó demostrado que el servicio de *trunking* ha sido prestado defectuosamente, que lo hace impropio para los usos a que habitualmente se destina, ha disminuido su calidad o la posibilidad de su uso, cobra aplicación lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que establece literalmente, lo siguiente:

"ARTÍCULO 82.- El consumidor puede optar por pedir la restitución del bien o servicio, la rescisión del contrato o la reducción del precio, y en cualquier caso, la bonificación o compensación, cuando la cosa u objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine, que disminuyan su calidad o la posibilidad de su uso, o no ofrezca la seguridad que dada su naturaleza normalmente se espere de ella y de su uso razonable. Cuando el consumidor opte por la rescisión, el proveedor tiene la obligación de reintegrarle el precio pagado y, en su caso, los intereses a que se refiere el segundo párrafo del artículo 91 de esta ley.

La bonificación o compensación a que se refiere el párrafo anterior se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 92 TER de esta ley.

Lo anterior sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios."

# GUÍAS Y ESTÁNDARES PARA EJECUCIÓN EFICAZ DE SENTENCIA.-

En la exposición de motivos que dieron lugar a la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles, con la cual se crearon las Acciones Colectivas, la cual fue elevada como el marco legal de las Acciones Colectivas por la gran ejecutoria 28/2013 de la Primera Sala de Justicia de la Nación, se dispuso lo siguiente:

"Respecto de las nuevas figuras procesales que se proponen en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades.

Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que le auxilien en su labor², pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de los procedimientos colectivos. En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revisen los principios de éstos de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones. Deberán asimismo abstraer su función esencial y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano".

De lo anterior, tenemos que el juzgador deberá elaborar estándares y guías para que el procedimiento colectivo sea armónico con el espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades.

Incluso, se advierte que dichos estándares y guías deberán romper con los paradigmas actuales, para que el juzgador pueda cumplir con el fin o espíritu de las Acciones Colectivas.

En relación con lo anterior y respecto al espíritu de las Acciones Colectivas, dicha exposición de motivos señala lo siguiente:

"En materia de derechos humanos, nuestro sistema jurídico ha ido incorporando, en un proceso inacabado y en constante progreso, aquellos derechos humanos denominados de primera (civiles y políticos), segunda (económicos, sociales y culturales) y tercera generación (colectivos y de solidaridad).

No obstante lo anterior, no es suficiente la incorporación al sistema jurídico de derechos sustantivos, sino que es necesario, establecer aquellas acciones, mecanismos y procedimientos sencillos y

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Estas guías y estándares son verdaderas normas o leyes que en el futuro serán el marco legal o normativo de las Acciones Colectivas.

eficaces que permitan su ejercicio y defensa adecuada, pues de lo contrario estaremos inmersos en un sistema distorsionado que tolera violaciones a los derechos de las personas y al sistema jurídico en general por la falta de un real y verdadero acceso a la justicia.

Como se señaló en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 17 constitucional que el suscrito presentó, nuestro sistema jurídico en general, y el procesal en particular, fueron diseñados desde una visión liberal e individualista que permite la titularidad de derechos y la protección de los mismos mediante mecanismos que privilegian la actuación individual sobre la colectiva<sup>3</sup>. Si bien esta visión logró satisfacer las necesidades sociales en un momento histórico determinado, la realidad ha modificado la forma de interacción de los individuos, de tal forma que se hace necesario modificar tales mecanismos a fin de proteger derechos que trascienden la esfera individual.

Una de las instituciones que en otros sistemas jurídicos han permitido la tutela colectiva de derechos e intereses, son las acciones colectivas, entendidas éstos como las instituciones que permiten la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de una sociedad."

Conforme a lo anterior, resulta claro que uno de los principales principios que rigen a las Acciones Colectivas es el de progresividad y no regresividad a través del cual se debe buscar resoluciones efectivas y eficientes en beneficio de toda la clase o Colectividad e inclusive fijar o elaborar los estándares y guías que el juzgador deberá elaborar, mismos que deberán estar enfocados en proteger ampliamente los derechos humanos de tercera generación (colectivos y de solidaridad), mediante un sistema jurídico adecuado que cumpla con el fin de proteger aquellos derechos que trasciendan la esfera individual o, dicho de otra forma, que protejan a una Colectividad o grupo determinado o indeterminado.

Acciones Colectivas.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> En otras palabras, nuestro actual sistema jurídico no tiene normas que protejan los derechos colectivos adecuadamente, de ahí la necesidad que los jueces vayan creando a través de casos el marco legal de las

En adición a lo anterior, en la Ejecutoria 28/2013 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con las Acciones Colectivas, ésta mencionó que:

"55. Debido a la novedad de las acciones y procedimientos colectivos en nuestro ordenamiento jurídico y a las particularidades que los diferencian de los procesos ordinarios civiles, los juzgadores tienen la obligación de procurar que los principios de interpretación para estos procedimientos sean compatibles con su espíritu y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Los paradigmas procesales actuales son insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones colectivas. En consecuencia, los juzgadores deben interpretar las normas que rigen dichos procedimientos tomando en consideración que su objetivo último es la protección de los derechos colectivos. Su labor consiste en la elaboración de estándares y guías de interpretación que conlleven el perfeccionamiento de los procedimientos colectivos para que sean cada vez más ágiles, sencillos y flexibles en aras de que las pretensiones de la colectividad gocen de un efectivo acceso a la justicia.

56. Los objetivos de las acciones colectivas son: a) proporcionar economía procesal; b) garantizar el acceso a la justicia y brindar seguridad jurídica, y c) generar en la sociedad un efecto disuasivo ante abusos." (...)

En ese tenor, se considera del todo necesario que el juzgador determine todas y cada una de las cuestiones que deberán tomarse en cuenta al momento de dictar Sentencia, para el efecto de que éstas sirvan de guía.

#### Entre dichas cuestiones se encuentran:

- a) La forma en que se deberá notificar la Sentencia a los potenciales miembros.
- b) En caso de no considerar inconstitucional el sistema *Opt-in*, establecer las bases, plazos y formas efectivas y eficientes para la promoción de los incidentes que permitan un procedimiento flexible y sencillo para el reembolso del 20% a la Colectividad dentro de los 18 meses siguientes.

Respecto a este punto, para los efectos de facilitar la promoción de los incidentes, se deberá obligar a Nextel/AT&T a entregar al Juez y al Representante Común, un listado completo de todos sus clientes de los que han recibido pagos desde septiembre de 2008 y hasta la fecha, especificando las cantidades pagadas por cada uno de sus clientes en forma mensual y/o anual.

Asimismo, deberá establecerse el tiempo en que los afectados podrán adherirse voluntariamente a la acción colectiva, debiéndose tomar en consideración el contenido del artículo 594 en relación con el artículo 608, ambos del Código Federal de Procedimientos Civiles:

"ARTICULO 594.- Los miembros de la colectividad afectada podrán adherirse a la acción de que se trate, conforme a las reglas establecidas en este artículo.

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la adhesión a su ejercicio podrá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 de este Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.

Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

• • •

ARTICULO 608.- La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 de este Código."

De conformidad con ambas disposiciones, la Sentencia no causará estado sino hasta que ésta haya sido debidamente notificada a la Colectividad o grupo de que se trate.

Por tanto, en la Sentencia que se dicte, lo acertado es que se establezca, en primer lugar, la forma en que la Sentencia será notificada a la Colectividad o grupo de que se trate y, una vez que se haya cumplido con dicha notificación, iniciará a computarse el plazo de 18 meses establecido en el tercer párrafo del artículo 594 del citado Código, para efectos de que los miembros de la Colectividad puedan adherirse a la acción colectiva y, sobre todo, a los beneficios de la sentencia.

c) Bases y Forma de establecer y compensar los daños y perjuicios ocasionados a los miembros.

Respecto al tema de reparación de daños y perjuicio individuales, se deberá establecer en la Sentencia un pago a favor de la Colectividad por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la prestación deficiente del servicio de radio o *trunking*, de conformidad con el artículo 92 Ter de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

d) Bases y Forma de establecer y pagar la bonificación a favor de los miembros.

Respecto a este tema, los artículos 92 Bis y 92 Ter de la Ley Federal de Protección al Consumidor establecen:

"ARTÍCULO 92 BIS.- Los consumidores tendrán derecho a la bonificación o compensación cuando la prestación de un servicio sea deficiente, no se preste o proporcione por causas imputables al proveedor, o por los demás casos previstos por la ley."

"ARTÍCULO 92 TER.- La bonificación a que se refieren los artículos 92 y 92 Bis no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado...."

Toda vez que no se demostró que Nextel/AT&T preste eficientemente el servicio de radio o *trunking*, se deberá establecer en la Sentencia el pago a favor de la Colectividad de un porcentaje no menor al 20% de las cantidades pagadas por los integrantes de la Colectividad.

Para efectos de sentar las bases en la Sentencia para la cumplimentación o pago de la bonificación referida en este inciso, así como en la anterior marcada con el inciso c), en palabras del Magistrado Alejandro Sánchez

López, es necesario precisar primeramente que, a toda decisión jurisdiccional en materia de Acciones Colectivas, incluyendo lo relativo a las pruebas, un criterio rector que debe presidirle siempre es el texto del artículo 583 del CFPC, conforme al cual el Juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger el interés general y los derechos e intereses colectivos.

En ese contexto, si de acuerdo con dicha disposición cualquier interpretación que el juzgador realice deber ser compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, entonces esas interpretaciones deberán estar encauzadas a satisfacer la finalidad de las Acciones Colectivas, que es, esencialmente, lograr el acceso efectivo a la justicia al mayor número de personas posibles, según el caso, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos.

En esa medida debe tomarse en consideración, como pautas interpretativas a las que se puede acudir por la autoridad de los especialistas que intervinieron en su elaboración, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 10 y 35 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que disponen:

- 10. En las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente.
- 35. Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que se trata.

Gidi afirma que, la interpretación abierta y flexible constituye un instrumento importante para "evitar interpretaciones retrógradas, influenciadas por concepciones conservadoras del derecho, que podrían destruir el sistema y la práctica de las acciones colectivas."

Asimismo, es plausible considerar y aplicar, en la medida necesaria para lograr una interpretación amplia y óptima de la regla interpretativa prevista en el artículo 583 del CFPC, los principios que deben observarse en las Acciones Colectivas conforme al citado Código Modelo, tales como: el de la máxima prioridad de la tutela

jurisdiccional colectiva –que impone se dé primacía a la tramitación del proceso colectivo- del máximo beneficio de la tutela jurisdiccional colectiva (se busca resolver, en un solo proceso, un gran conflicto social e innumerables conflictos interindividuales y evitar con ello la proliferación de acciones individuales y la ocurrencia de situaciones conflictivas que puedan generar desequilibrio e inseguridad en la sociedad); de la interpretación abierta y flexible de la causa de pedir del pedido; y principalmente, dada su vinculación con el tema de la prueba el de la máxima efectividad del proceso colectivo, conforme al cual se debe alcanzar la verdad procesal en su grado máximo de probabilidad objetiva sobre los hechos invocados en la demanda colectiva -lo que implica, para conseguir ese objetivo, que se deberá procurar, de oficio, el desahogo de todas las pruebas pertinentes y relevantes, para que la tutela jurisdiccional se agote en forma legítima. Lo anterior, significa que el rol del juzgador en las Acciones Colectivas debe de ser mucho más activo al tradicional, lo cual es aún más relevante en tratándose de la ejecución de la Sentencia conforme al principio de progresividad.

Esos principios interpretativos deber articularse con las normas reguladoras en las Acciones Colectivas, que no tienen que ver precisamente con los requisitos formales y las etapas que se deben cumplir con la intervención de las partes, que es más amplia que en otros ordenamientos, sino con el ejercicio de los poderes para la efectiva y eficiente ejecución de la Sentencia atribuidos al Juez por el legislador, básicamente en los artículos 598 y 599 del CFPC.

En el caso en concreto, por la posición y facilidad con la que cuenta la demandada para exhibir a este proceso colectivo la información consistente en el pago recibido por la clase durante el periodo de la demanda, hemos de tomar en consideración lo establecido por el artículo 599 del Código Federal de Procedimientos Civiles:

"ARTICULO 599.- Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios que sean necesarios para mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva."

Así, la importancia de ambos preceptos (artículos 598 y 599) es indiscutible, puesto que establecen diversas facultades del Juez. Entre

dichas facultades, se desprende la facultad del Juez para mejor proveer, tal como se prevé en la gran mayoría de los ordenamientos procesales del país, como por ejemplo en el artículo 79 del CFPC, en el que expresamente se reconoce un fin epistemológico que debe seguir el juzgador al recabar una cosa o documento, de las partes o de un tercero, cuando se estime conducente y sea necesario para conocer la verdad.

El Magistrado Sánchez López, señala que no se puede negar que la interpretación de esta disposición ha sido sumamente restrictiva, lo que habría que superar y adecuar a los principios y objetivos que tienen las Acciones Colectivas, y adicionalmente a la consecución del cambio de paradigma que el Constituyente Permanente y el legislador federal ordinario han exigido, como ideal regulativo, en el Juez que resuelva las Acciones Colectivas, y particularmente en los trabajos legislativos que concluyeron con la incorporación al CFPC de las Acciones Colectivas, en cuanto que en el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se consideró:

"(...) Por eso, se establece que el juez podrá requerir a los órganos y organismos o a cualquier tercero para que elaboren estudios o presenten medios probatorios necesarios. (...) con el objetivo de mejor resolver el litigio o ejecutar la sentencia respectiva, el juez "de oficio o a petición de parte" podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios (...).

Es decir, la orientación del legislador de requerir esos estudios o pruebas para mejor resolver el litigio, así como para ejecutar la Sentencia, constituye un poderoso sustento para el Juez para facilitar la ejecución de la Sentencia.

Conforme a dichos principios, la exposición de motivos y los artículos mencionados tanto del Código Modelo como del Código Federal de Procedimientos Civiles, es del todo válido y necesario que su Señoría requiera a "Nextel/AT&T" por la presentación de información para ejecutar la Sentencia, pues de acuerdo a los principios de la lógica y la experiencia y a la obligación de la demandada prevista por el artículo 30 del Código Fiscal de la Federación de conservar toda la documentación contable, es evidente que es la persona lógicamente idónea para

proporcionar las facturas emitidas por ésta a nombre de cada uno de los miembros de la Colectividad aquí actora.

Por tanto, en la Sentencia que se dicte se tendrá que establecer que "Nextel/AT&T" pagará un porcentaje del 20% de las cantidades pagadas por el miembro de la clase afectada.

Para la determinación del monto líquido a pagar, previa la obtención de la información señalada, su Señoría y "Nextel/AT&T" deberán, mediante una simple operación aritmética, determinar el pago a favor de los miembros que ya se encuentren adheridos a la acción colectiva, así como los que se adhieran en el futuro (en caso de que no declare inconstitucional el sistema *Opt-in*), tomando en consideración el porcentaje de la bonificación y la totalidad de las cantidades pagadas por el miembro a "Nextel/AT&T".

Las cantidades pagadas por cada miembro afectado a "Nextel/AT&T", serán determinadas por el propio Juzgador y Nextel/AT&T de conformidad con la información financiera y contable, para efectos de eficientizar la ejecución de la Sentencia y evitar la promoción de incidentes innecesarios y tortuosos por parte de los miembros de la Colectividad.

Nextel/AT&T deberá incluir como parte de las cantidades pagadas por los miembros, todas aquellas cantidades entregadas por los miembros de la Colectividad durante el periodo de la demanda, esto es, desde el mes de septiembre de 2008 y a la presente fecha.

En otras palabras, al existir una condena consistente en pagar el 20% de las cantidades que pagó cada miembro de la contabilidad Y, siendo que el propio demandado tiene la información de cuánto pagó cada miembro de la clase y aplicando los mismos principios en materia de prueba contenidos en la Sentencia de primera instancia y en el Ejecutoria 2244/2014, lo que procede es que en lugar de que cada miembro de la Colectividad tenga que presentar sus facturas originales de los últimos 10 años y demás pruebas para acreditar el monto que pagó y calcular dicho 20%, al tener el demandado todos los elementos para determinar el 20%, su Señoría deberá obtener dicha información y, en su Sentencia, Condenar al demandado a pagar el 20% de las cantidades que resulten a cada miembro de la Colectividad, obligando a Nextel/AT&T a pagarles

dentro de los 5 días siguientes al dictado de la Sentencia. En caso de que su Señoría no estime el sistema *Opt-in* inconstitucional, la Sentencia deberá de condenar a Nextel/AT&T a hacer el cálculo de dicho 20%, siendo únicamente necesario la manifestación de la voluntad del miembro de la clase de quererse adherir a la acción colectiva y beneficiarse de la Sentencia.

En consecuencia, a efecto de cumplimentar con el artículo 583 del CFPC y poder velar por la Colectividad y para que la Sentencia sea efectiva para la todos los miembros potencialmente afectados, se deberá requerir y/o condenar a Nextel/AT&T para que entregue al Juez natural y al Representante Común, un listado completo de todos sus clientes de los que han recibido pagos desde septiembre de 2008 y hasta la fecha, especificando las cantidades pagadas por cada uno de sus clientes en forma mensual y/o anual, así como los datos de contacto que tenga en su poder. Lo anterior, a efecto de tener una base objetiva de que Nextel/AT&T estará cumpliendo su condena en forma certera.

Cobra aún mayor aplicación a lo peticionado en este punto, si esta H. Autoridad toma en cuenta que la iniciativa que dio lugar a las Acciones Colectivas civiles, reconoce la ausencia de experiencia y tradición en esta materia y propone un desarrollo judicial a partir del estudio comparativo de los procesos en otras latitudes, por lo que existe un resurgimiento de la doctrina como fuente del derecho.<sup>4</sup>

Sobre este artículo, el Doctor en Derecho especializado en Derecho Procesal Civil Colectivo Luiz Manoel Gómez Júnior, nos comenta que en las Acciones Colectivas, mucho más que en el proceso individual, existe la necesidad de la actuación de un juzgador activo, interesado, que actúe de forma precisa para descubrir la verdad. El juzgador debe involucrarse en el proceso tanto como agente político como en consecuencia de su liderazgo en la sociedad, como órgano alejado de los intereses en conflicto.

El potencial de la solución de conflictos de la sociedad en una acción colectiva es elevado, considerando la relevancia social y la necesidad de protección de los derechos e intereses colectivos. En lo demás, se podrá

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> González Martínez Leonardo (Juez Tercero de Distrito en el Estado de Guanajuato), "ACCIONES COLECTIVAS" Reflexiones desde la judicatura -Principio de interpretación de la ley procesal. Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2013, pág. 199.

evitar el enjuiciamiento de centenares o miles de procesos individuales, lo que justifica una prudente cautela del juzgador y una posición más activa de éste.

La actuación del juzgador en las Acciones Colectivas es esencial para el éxito de estos instrumentos de defensa de los derechos colectivos. El Juez debe tener especial cuidado al tratar la materia, sin ser parcial, pero tampoco siendo un mero espectador pasivo.<sup>5</sup>

Sobre el mismo artículo 12 del Código Modelo, el Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Alberto Benítez, nos comenta que primeramente debemos ubicar el contexto jurídico-social que en materia de Acciones Colectivas se encuentra el sistema jurídico mexicano, "pues el Código Modelo está basado primordialmente en sistemas jurídicos que ya prevén desde hace un tiempo la figura de acciones colectivas; no sólo eso, a partir de su inclusión previa, dichos sistemas han ido evolucionando jurisprudencialmente y presentan un estado actual ya evolucionado en la materia. Mientras que países como México, cuentan con sistemas jurídicos que no prevén de forma adecuada las Acciones Colectivas dentro de sus disposiciones normativas o su tratamiento procesal es deficiente.

Sin lugar a dudas, esta redistribución de la carga de la prueba constituye uno de los elementos que evidencia un tratamiento procesal distinto a aquellos que se encuentran en una posición desigual, con el propósito de alcanzar una verdadera igualdad entre las partes."<sup>6</sup>

#### e) Forma de cuantificar los honorarios del Representante Común.

Con base en lo establecido por el artículo 616 y haciendo una interpretación correcta del artículo 618, ambos del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), es procedente el pago de los honorarios del Representante Común, los cuales correrán a cargo de los miembros de la Colectividad, por lo que hace a los beneficios económicos que la presente Sentencia les corresponde.

<sup>6</sup> Benítez Alberto. "Código Modelo de Procesos Colectivos, Un diálogo iberoamericano, comentarios artículo por artículo". Porrúa, 2008, México, págs.199-202.

36

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Gómez Júnior, Luiz Manoel. "Código Modelo de Procesos Colectivos, Un diálogo iberoamericano, comentarios artículo por artículo". Porrúa, 2008, México, págs.196-198.

En la determinación del porcentaje aplicable a los honorarios del Representante Común de la Colectividad y atendiendo a lo establecido en los artículos 617 y 618 del CFPC, en relación con las características del presente caso, se debe tomar en cuenta el trabajo realizado, la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la Colectividad respectiva y demás circunstancias.

Del análisis de las constancias, se considera que el trabajo realizado por el Representante Común de la Colectividad ha sido particularmente arduo y prolongado, por aproximadamente siete años de seguimiento, en un juicio que puede considerarse novedoso.

La complejidad que implicó la materia del presente juicio, revela una dedicación singular, a fin de tener una comprensión suficiente de los conceptos altamente especializados en el campo de telecomunicaciones, sin la cual no sería posible interpretar los reclamos de la Colectividad y sus implicaciones; así como la formulación de las prestaciones y los hechos de la demanda, y, por supuesto, la labor probatoria correspondiente que también ha requerido de gran esfuerzo y dedicación por parte del Representante Común de la Colectividad. Todo ello, con el afán ético y profesional de procurar una aplicación correcta y eficaz de la institución procesal de las Acciones Colectivas, considerando su naturaleza protectora de los interesas colectivos, específicamente de aquellos correspondientes a sectores de la población que con los instrumentos procesales "convencionales", no tenían la posibilidad de ejercer plenamente su derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia.

Por tanto, se considera que, en la determinación del porcentaje aplicable a los honorarios de los Representantes Comunes de la Colectividad y atendiendo a lo establecido en los artículos 617 y 618 del Código procesal adjetivo, en relación con las características del presente caso, se solicita que en la Sentencia se determine lo siguiente:

1.- Se establezca un porcentaje del 20% respecto de los honorarios relativos a las prestaciones individualizadas respecto de cada miembro ya adheridos y de los que se adhieran en el futuro. Estos honorarios serán con cargo a cada miembro de la Colectividad, en función a las cantidades efectivamente percibidos por ellos como consecuencia de la acción colectiva.

2.- Se establezca un porcentaje del 3% respecto de la prestación, consistente en la obtención de la infraestructura necesaria para proveer el servicio de trunking o radio, en virtud de que dicha prestación supera el límite antes señalado. Para efectos de determinar el monto líquido de esta prestación, es preciso acudir al dictamen pericial rendido por el Ing. Víctor Manuel Izquierdo Blanco, quien manifestó que se requieren 2,800 millones de dólares para adquirir la infraestructura y tecnología necesaria para prestar exitosamente los servicios de trunking, telefonía, mensajería y acceso móvil a internet (preguntas 49, 50, 51, y 52 del cuestionario) debiéndose su Señoría asistirse de un perito para que de estadísticamente determine qué porcentaje dicha cantidad corresponde al trunking o radio, estableciendo la cantidad que resulte en la Sentencia y el correspondiente 3% respecto a los honorarios. En adición a lo anterior, se solicita a su Señoría, de considerarlo necesario y de conformidad con los artículos 599 y 600 del CFPC, se solicite la intervención de peritos a fin de determinar en cantidad líquida el monto del costo de la inversión que Nextel/AT&T tendría que hacer para prestar eficientemente el servicio de trunking o radio, y se apoye en medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado de la ciencia para determinar tal monto. Lo anterior, sin perjuicio de que se permita a la Colectividad la promoción de un incidente para efectos de corroborar la cantidad líquida de la prestación que nos ocupa.

Estos honorarios serán con cargo al fondo creado por el Consejo de la Judicatura, al tener dicha prestación un contenido de beneficio social.

## NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.-

### • INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 608 DEL CFPC.

Tratándose de la Sentencia Definitiva, deben observarse todos y cada uno de los requisitos que el Código adjetivo señala a efecto de procurar una debida notificación de la misma, con la finalidad de que ésta llegue a todos los posibles interesados, con independencia de que dicha resolución haya sido condenatoria o absolutoria, por lo que lo decretado por la autoridad responsable es una total omisión a lo que los ordenamientos aplicables disponen en lo que se refiere a la notificación de la Sentencia de fondo. La Sentencia deberá ser notificada a la Colectividad, tal y como lo establece el

numeral 591 del Código citado; esto es, dirigida a la clase afectada de forma económica, eficiente, amplia, y, por los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha Colectividad. De no realizarse la notificación a través de los medios idóneos, implicaría una violación directa a los preceptos consagrados por nuestra Constitución, referentes al derecho de los ciudadanos a tener un correcto acceso a la justicia y debido procedimiento y las normas de Acciones Colectivas. Ello es así, ya que, al no tener conocimiento de lo resuelto en el presente juicio, los afectados o miembros de la clase afectada se verían imposibilitados de comparecer y adherirse a la Colectividad actora o excluirse de la misma, lo que implicaría que ni en este o en posteriores procedimientos podrían ser parte, al haber adquirido la resolución el carácter de cosa juzgada sin haber tenido dichos afectados conocimiento de la misma. La notificación de la Sentencia a la Colectividad establecida en los artículos 591, 593 y 608 del multicitado ordenamiento, no es una notificación ordinaria, sino que es la notificación de mayor envergadura e importancia en el procedimiento colectivo, puesto que, a través de ella, el juzgador da a conocer a la Colectividad respecto de la resolución de fondo dictada en el juicio de acción colectiva que nos ocupa. Lo procedente en el caso que nos ocupa, es que se proceda con el dictado de una nueva Sentencia en la que se tome en cuenta que la notificación de la misma debe necesariamente notificarse a toda la potencial Colectividad de afectados, por los medios idóneos para tal efecto, procurando que dicha notificación se económica, eficiente y amplia; esto, con independencia de que la Sentencia de fondo sea absolutoria o condenatoria. Siendo de explorada experiencia que el medio más eficaz para notificar a los usuarios de Nextel/AT&T respecto del contenido de la Sentencia, es notificándolos por medio de las facturas y recibos que emite Nextel/AT&T, por ser ese medio de comunicación el más eficaz, económico y amplio, cumpliendo con los requisitos del artículo 591 del CFPC.

No pasa desapercibido el contenido del artículo 608 del CFPC que establece que la notificación de la Sentencia será efectuada a la Colectividad o grupo en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 del mismo ordenamiento, que establece que: "el auto que admita la demanda deberá ser notificado en forma personal al representante legal", pues es evidente que el artículo 608 del CFPC se refirió más bien al tercer párrafo del artículo 591, que establece que: "El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser

económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso".

Ahora bien, la remisión prevista en el artículo 608 mencionado puede generar confusión o la percepción de una falta de congruencia, ya que la notificación de la Sentencia a la Colectividad o grupo no puede hacerse a través del Representante Común, sino que debe hacerse siguiendo los lineamientos establecidos en el tercer párrafo del artículo 591; esto es, mediante los medios idóneos para ello, tomando en cuenta el tamaño, localización y demás características de la Colectividad, notificación que deberá ser económica, eficiente y amplia.

Así, atento a los principios y objetivos de los procedimientos colectivos y en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos en términos del indicado ordenamiento, se concluye que la obligación prevista en el citado artículo 608, en el sentido de notificar la Sentencia a la Colectividad o grupo, no puede entenderse hecha cuando se realiza al Representante Común de la Colectividad; pues, estimar lo contrario, es decir, que la notificación de la Sentencia a la Colectividad o grupo se tenga por hecha cuando se realiza al Representante Común, atenta contra el derecho de acceso a la justicia a través de las Acciones Colectivas, bloqueando la vía jurisdiccional a aquellas personas que deseen adherirse a los beneficios de la Sentencia de conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 594 del CFPC, que establece que: "...Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada".

Considerar como correcto que la notificación de la Sentencia a la Colectividad o grupo debe entenderse con el Representante Común, es violatoria del derecho de acceso a la impartición de justicia en perjuicio de los potenciales adherentes a la acción colectiva, pues éstos tienen derecho, en los términos del propio 608 del CFPC a tener conocimiento de la existencia de la Sentencia, para entonces estar en aptitud de adherirse a los beneficios de la acción colectiva.

Por tanto, es del todo **inconstitucional** lo establecido por el artículo 608 del CFPC en cuanto al señalamiento de que la notificación de la Sentencia se hará a través del Representante Común, pues ello es un obstáculo para que los potenciales adherentes o afectados se vean beneficiados de la Sentencia

mediante su adhesión a la acción colectiva, transgrediéndose en perjuicio de dichos potenciales adherentes su garantía al acceso a la impartición de justicia.

En ese sentido, nuestra petición cobra aún más justificación partiendo de los criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los que ha sostenido que la obligación del Estado de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles<sup>7</sup>, por lo que, sin duda, el juzgador mexicano no sólo puede sino que también debe ejercer un control de convencionalidad cuando se aleguen violaciones a derechos humanos, echando mano del recientemente reformado artículo 1ero. Constitucional para que, con base en una interpretación conforme y aplicando el principio pro persona (así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad), remueva los posibles obstáculos procesales e interpretativos atendiendo a la naturaleza constitucional de la acción colectiva plasmada en el artículo 17 Constitucional, <sup>8</sup> lo cual implicaría que esta H. Autoridad ordenara una notificación de la Sentencia a los potenciales miembros futuros que se pueden beneficiar de la Sentencia dictada en favor de la Colectividad aquí actora, en los términos precisados en los párrafos que anteceden y no sólo a través del Representante Común de la Colectividad.

En ese sentido, ambos principios sustanciales se pueden definir de la siguiente manera: <sup>9</sup>

- a) **El principio pro persona**.- Tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental.
- b) El principio de interpretación conforme.- Consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizadas con valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia internacionales para lograr una mayor eficacia y protección.

<sup>8</sup> Barajas Villa, Mauricio (Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito), *Op. cit.* 102.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México,

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Valencia Ibarra, Sergio (Magistrado del Segundo Tribunal de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región), *Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas, "Acciones Colectivas-Reflexiones desde la Judicatura"*, 1era. Edición, 2013, México, Instituto de la Judicatura Federal, pág. 252.

Aunado a lo anterior, el párrafo tercero del artículo 1ero. Constitucional, establece la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. <sup>10</sup> Siendo este último no por ello el menos importante, pues su trascendencia en el reconocimiento de los derechos humanos es fundamental, pues la progresividad implica a su vez la "no regresividad" en su reconocimiento.

En ese tenor, el principio de progresividad puede definirse (cita Trejo Orduña, José Juan, 2013) "como aquella garantía estatal de los derechos humanos que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos humanos." 11

Es tal la importancia de este principio, que a través del *artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, se obliga a los Estados a actualizar su legislación en pro de la defensa de los derechos humanos y en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos, a fin de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia.

Es trascendental resaltar dos elementos que nos aclaran las perspectivas del principio de la progresividad; en primer lugar, la integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, así los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional; en segundo lugar, se demuestra que la protección de los derechos humanos se configura en un régimen que siempre es susceptible de ampliación y no de restricción y que también toca a la integración de la regulación internacional entre sí con la nacional.

De tal manera que una vez reconocidos los derechos humanos como inherentes a la persona, surge una serie de consecuencias como son: reconocimiento de los derechos humanos por parte del poder público, en un

<sup>11</sup> Trejo Orduña, José Juan (Magistrado del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Distrito), La sentencia y cosa juzgada en las acciones colectivas, "Acciones Colectivas-Reflexiones desde la Judicatura", 1era. Edición, 2013, México, Instituto de la Judicatura Federal, pág. 72.

42

-

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Valencia Ibarra, Sergio (Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región con jurisdicción en toda la República), *op. cit.*, pág. 252.

Estado de Derecho o Constitucional, la universalidad de esos derechos, la transnacionalidad o su internacionalización, la irreversibilidad, lo cual nos lleva a aseverar que no puede existir en esa materia relativismos, ya que la inviolabilidad debe ser respetada y garantizada, así como la progresividad; por lo tanto, está implícita la prohibición de la regresividad de los derechos y garantías constitucionales.

Asimismo, el principio de regresividad choca con el principio de progresividad, al surgir el criterio de que los derechos humanos forman parte de la situación jurídica subjetiva y derechos naturales de la persona y, como tal, no se puede menoscabar su goce y disfrute, mediante la actuación de los órganos del poder público que los disminuya, altere o menoscabe.

Se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado el principio de progresividad en el *artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, en el que se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De lo anterior, debemos entender que toca a los Tribunales Federales establecer que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos, constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción.

El mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconvencional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.

Por ello, en las Sentencias de las Acciones Colectivas, el juzgador debe velar por atender dicho principio; es decir, a través de la resolución que dirima la controversia debe hacer un reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de los derechos que se encontraban tutelados con anterioridad, lo cual implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. De ahí que es necesario que las Sentencias sí puedan ejecutarse, para lograr obtener un carácter remediador.

Al respecto, debe decirse que en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, realizado el cinco de marzo de dos mil trece, en la Sentencia correspondiente al Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, resuelta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, señaló que dicho tema resultaba novedoso para la jurisdicción interamericana; asimismo, estableció que el Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese "estatuto básico".

Refirió que, en dicha sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que "los derechos económicos, sociales y culturales, tienen una dimensión tanto individual como colectiva". Entendiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste; sin embargo, precisó que a su juicio el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención.

Esta constituye una normativa sobre derechos humanos precisamente sobre obligaciones generales de los Estados y concluyó recalcando que, en dicha Sentencia, la Corte señaló que la progresividad se debe medir "en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular,

sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social." 12

#### • FORMA DE NOTIFICARSE LA SENTENCIA.

Tal y como lo establece el numeral 591 del Código citado, se advierte que la notificación de la Sentencia a la clase afectada debe ser económica, eficiente y amplia, por los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha Colectividad.

Con el propósito de que la notificación de la Sentencia Definitiva reúna los requisitos apuntados, tenemos que se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a).- Tamaño de la Colectividad. El tamaño lo determina el número de usuarios de Nextel/AT&T, el cual, de acuerdo a los dictámenes periciales exhibidos en el juicio, asciende a aproximadamente 3.6 millones de clientes.
- b).- Localización de la Colectividad. Su localización es determinable en virtud de que los clientes de Nextel/AT&T se encuentran dispersos a lo largo de la República Mexicana, pues tal y como se acreditó en el presente juicio, Nextel/AT&T es titular de Concesiones para explotar redes públicas de telecomunicaciones en las 9 regiones en que se subdivide el país, por lo que la notificación deberá abarcar toda la República Mexicana.
- **c).- Demás características de la Colectividad.** Otras características notables lo son que los clientes de Nextel/*AT&T* son personas mayores de edad, de 20 a 65 años aproximadamente, mayormente concentradas en ciudades.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Trejo Orduña, José Juan, op. cit., págs.73-75.

- **d).- Economía en la notificación**. La notificación no deberá ser onerosa, ni gravosa para cualquiera de las partes, de tal forma que con un mínimo de capital se obtenga el resultado esperado consistente en notificar a la Colectividad.
- e).- Eficiencia en la notificación. Este requisito es el de mayor envergadura, puesto que implica que la notificación llegue a toda la Colectividad y no a una minoría de la misma. Este es el requisito de más importancia que debe observarse en la notificación de la Sentencia, pues dicha notificación debe ser efectuada de tal manera que pueda asegurarse que la Colectividad afectada tuvo oportuno conocimiento de la Sentencia y de sus beneficios, a efecto de que los potenciales afectados estén en aptitud de adherirse a la acción colectiva y beneficiarse de las prerrogativas de la Sentencia. El hecho de que la notificación de la Sentencia no sea eficaz, constituiría un obstáculo para que los potenciales adherentes o afectados se vean beneficiados de la Sentencia mediante su adhesión a la acción colectiva, transgrediéndose en perjuicio de dichos potenciales adherentes su garantía al acceso a la impartición de justicia.
- **f).- Amplitud de la notificación.** Ello implica que la notificación debe sobrepasar lo estrictamente necesario para que la Colectividad quede enterada del presente juicio, esto es, que no se escatime en los medios y en el esfuerzo para que la Colectividad quede plenamente enterada de la acción colectiva.
- **g).- Medios idóneos.** Ello implica que el Juzgador tiene la obligación de notificar a la Colectividad, haciendo uso de los canales más efectivos para ello, con el propósito de que los clientes de Nextel/AT&T tengan el conocimiento y la oportunidad de acogerse a los beneficios de la Sentencia. Ello también debe considerarse en el sentido de que el Juzgador no utilizará un sólo medio para notificar a la Colectividad.

Sobre lo cual, por ser aplicable al caso, se cita la ejecutoria del Recurso de Revisión radicado en el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Distrito Federal bajo el número de expediente 146/2013; que

refiriéndose a la notificación a la Colectividad, resuelve lo siguiente:

"Cualquier persona enterada del procedimiento podrá solicitar su inclusión al mismo, en los términos previstos en la ley, lo cual implica que, si no se notifica debidamente a todos los posibles interesados, el plazo previsto para que estos se puedan adherir al procedimiento o a los beneficios de la sentencia definitiva, se verá reducido en su perjuicio, máxime que es el único y mejor momento para que se enteren y se sumen al reclamo, pues las demás notificaciones a los miembros de la colectividad se realizaran por estrados, y la sentencia solo se notificara a quienes formen parte de la colectividad;

La notificación por medio idóneo deberá lograr que todo interesado se entere y, en su caso, se adhiera al procedimiento, lo cual será más sencillo si los miembros de la colectividad son fácilmente identificables o están plenamente identificados.

La idoneidad a que se refiere el código multicitado se define en el Diccionario de la Real Academia Española, como cualidad de idóneo, y esta, como lo adecuado y apropiado para una cosa, o apto, capaz, competente, dispuesto o suficiente para lograr un objetivo determinado."

"...Los miembros ausentes del grupo están identificados o son fácilmente identificables, pues en virtud de la relación existente entre el demandado y los posibles interesados en adherirse al grupo, es fácil identificar a los miembros de este conjunto, ya que el demandado tiene una relación de todos aquellos a quienes presta sus servicios, y les envía de forma electrónica, es decir a muy bajo costo, un estado de cuenta periódicamente, esto es, el demandado en el caso tiene acceso rápido y sencillo a la lista de los interesados, razón por la cual, atendiendo a esa factibilidad, es posible exigirle informe

por ese medio a todos aquellos con quien tiene una relación a propósito de su principal finalidad de prestación de servicios telefónicos."

En relación con lo anterior, también cabe destacar que en México se eligió la técnica del *Opt In*, la cual representa una debilidad para que se cumpla el objetivo que se procura, esto es, tutelar eficazmente el derecho a la acción colectiva, pues por sus características provoca que el grupo permanezca pequeño y la condena no se corresponda con la extensión de los efectos del hecho ilícito.<sup>13</sup>

La complejidad de este modelo yace en la complejidad procesal, en el tiempo y el costo, cuando los perjuicios individuales hubieran propiciado un tratamiento homogéneo, a la par del desconocimiento real de la existencia del proceso. Por su parte, Antonio Gidi señala que México es el único país en toda Latinoamérica que tiene implementado este sistema, no obstante que en el borrador del Comité se sugirió un sistema de *Opt Out*, en donde también se alertó de que las clases tuvieran una conformación muy pequeña, lo que minimizaría el poder del instrumento y, por ende, el poder de la gente y que, no obstante ello, el Senado sucumbió al poderoso conglomerado de las mayores corporaciones, para escoger el sistema *Opt In*.<sup>14</sup>

Antonio Gidi, consultor del Senador Murillo Karam en 2009, creador del borrador del Título Quinto de las Acciones Colectivas y sin duda uno de los expertos con más dominio en el tema, prevé la notificación de la Sentencia a los miembros de la Colectividad a través de su "Proyecto de Código de Proceso Civil Colectivo, un Modelo para Países de Derecho Civil<sup>15</sup>", precisamente en sus artículos 16.1 que remite al 5 y el 5.1, los cuales se citan a continuación:

-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Barajas Villa, Mauricio (Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito), La construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos a través del método del derecho comparado: clave del éxito de las acciones colectivas en México, "Acciones Colectivas-Reflexiones desde la Judicatura", 1era. Edición, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2013, página 122.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Dr. Jaime Murillo Morales (Coordinador del Diplomado sobre Acciones Colectivas del Instituto de la Judicatura Federal), Las acciones colectivas en México. La nueva ocupación de los jueces, "Acciones Colectivas-Reflexiones desde la Judicatura", Iera. Edición, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2013, página 168.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Gidi, Antonio, "Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil", 1era. Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, págs. 136 y 143.

- "16.1.- La sentencia colectiva será amplia y adecuadamente notificada al grupo y a sus miembros de acuerdo con lo previsto por el artículo 5.
- 5.- En la fase inicial del proceso colectivo, el juez promoverá, con la ayuda de las partes, la notificación más idónea para el grupo y para sus miembros, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.
- 5.1.- La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, dirigida a alcanzar el mayor número posible de legitimados colectivos y miembros del grupo..."

Propuesta la anterior que, contrario a la contemplada en nuestro Código Adjetivo Civil Federal, sí garantiza el derecho de audiencia y un acceso efectivo a la justicia de los miembros de la Colectividad ausentes, al prever lineamientos para una notificación real y no ficticia como la que inconstitucionalmente señala el artículo 608 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

De conformidad con lo anterior y al principio de progresividad, se debe establecer en la Sentencia la forma adecuada de notificarla a la Colectividad, de tal manera que sea efectivo, sencillo y flexible que la Colectividad se haga sabedora de la Sentencia, por lo que se considera que la notificación de la Sentencia Definitiva podrá cumplirse de la siguiente manera:

- 1. Se ordene a Nextel/AT&T la inclusión de un extracto de la Sentencia en las facturas mensuales que aquel expide a sus clientes durante los 18 meses a la fecha de la Sentencia.
- 2. Se ordene a Nextel/AT&T que proporcione el domicilio y correo electrónico de sus clientes, información que será entregada de manera confidencial al Juzgador en aras de proteger los datos personales de dichos clientes. Que con dicha información, se envíe una carta y/o correo electrónico a los clientes de Nextel/AT&T, en la cual se le hagan saber su derecho a adherirse a los beneficios de la Sentencia.

- 3. Se ordene a Nextel/AT&T que publique en su página de internet la posibilidad de que sus clientes se adhieran a los beneficios de la Sentencia.
- 4. Se ordene la publicación de un extracto de la Sentencia y de la posibilidad de acogerse a sus beneficios en el portal de internet de la Procuraduría Federal del consumidor (PROFECO).
- 5. Se ordene a PROFECO la realización de los actos a su alcance para hacer saber al público en general, la existencia de la Sentencia y de la oportunidad de acogerse a sus beneficios.
- 6. Se ordene la publicación de un extracto de la Sentencia y de los beneficios de acogerse en diversos periódicos de circulación nacional, con cargo al Fondo del Consejo de la Judicatura Federal.
- 7. Se solicite al Consejo de la Judicatura Federal los recursos que sean necesarios para solventar los gastos de notificar dicha Sentencia.
- 8. Se solicite a la Secretaría de Gobernación la utilización de tiempos oficiales para dicha notificación.
- 9. Las demás que su Señoría considere idóneas para cumplir con dicho objetivo.

De nueva cuenta resulta de vital importancia hacer referencia a la ya citada resolución del Recurso de Revisión 146/2013, pues para el caso que nos ocupa al referirnos al correcto acceso a la justicia y a la protección de los derechos humanos de la Colectividad, se menciona:

"Por ende, la notificación prevista en el párrafo tercero del artículo 591 del código mencionado, tiene como fin que los posibles miembros de una colectividad afectada que han iniciado un procedimiento se enteren y se puedan adherir a las pretensiones exigidas en el mismo, es decir, **a través de la información por** 

medio idóneo de la admisión de la demanda, tendrán efectivo acceso a la justicia, podrán intervenir en el proceso, contribuir con aportación de pruebas o, en su caso, decidir libre e informadamente, no ser incluidos en el grupo y no ser afectados por la sentencia que, en su caso, constituya cosa juzgada dentro del procedimiento de acción colectiva.

Como Sostiene Gidi, el objetivo de la primera notificación es informar a los miembros ausentes sobre la proposición y la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de sus intereses, para lo cual se debe proporcionar información adecuada sobre la causa, los derechos y los riesgos que conciernen los miembros, para que estos puedan decidir cuál es la mejor conducta a seguir ante la acción colectiva.

En congruencia con lo anterior, el juzgador debe procurar la mejor notificación posible ante las circunstancias del caso concreto, a través de un esfuerzo razonable dando prioridad a todos los miembros identificados o fácilmente identificables."

Entonces, con la utilización de los medios referidos párrafos arriba, se considera que se cumplen con los requisitos de eficacia, economía y amplitud, tomando en cuenta la localización, tamaño y demás circunstancias de la Colectividad, así como con el esfuerzo razonable que dé prioridad a todos y cada uno de los miembros, que por ser usuarios de los servicios de Nextel/*AT&T* son total y fácilmente identificables, puesto que:

- a).- Son eficaces, pues tienden a obtener el objetivo deseado: hacer del conocimiento de los clientes de Nextel/AT&T de la existencia del procedimiento y de la Sentencia, así como sus beneficios.
- **b).-** Son amplios, pues son medios que tienen efecto sobre la totalidad de la República Mexicana, totalmente accesibles para cualquier persona.

- **c).-** Son económicos, pues no se genera un gasto irracional o gravoso a cargo de las partes:
- La inclusión de un extracto de la Sentencia en las facturas de Nextel/AT&T no es un cargo adicional para la citada empresa, puesto que mes con mes tiene obligación de entregar dichas facturas (las cuales ahora son electrónicas).
- El envío de una carta o correo electrónico por parte del Juzgador es un gasto relativamente bajo que puede ser absorbido por el Consejo de la Judicatura Federal.
- La publicación de la Sentencia y sus beneficios en el portal de internet de PROFECO y de Nextel/AT&T, no tiene costo.
- La publicación en los diversos periódicos de circulación nacional es un gasto que puede ser absorbido por el Consejo de la Judicatura Federal, con cargo al Fondo.
- La utilización de tiempos oficiales no tiene costo.

Finalmente, en la exposición de motivos de la reforma por la cual se incluyeron las Acciones Colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, se estableció claramente por el legislador que el espíritu de la notificación a la Colectividad concebida en el artículo 591 párrafo tercero del citado ordenamiento, es que ésta es "uno de los aspectos torales de los procedimientos colectivos", puesto que dicha notificación es "relevante para los intereses de la misma":

"VI. Notificación de la clase. Sin duda alguna, uno de los aspectos torales dentro de los procedimientos colectivos tiene que ver con la forma en que el juez del proceso hará saber a la clase o parte actora, la existencia del procedimiento o alguna otra notificación que resulte relevante para los intereses de la misma, toda vez que

debe tomarse en consideración que es altamente probable que existan dificultades relacionadas con el número de miembros que integran la clase (en el caso de las colectividades determinadas) así como su ubicación geográfica. En consecuencia, la iniciativa prevé que el juez, una vez que haya certificado que la demanda reúne los requisitos de procedencia antes referidos, notificará a los miembros de la colectividad tomando en cuenta para ello, el tamaño, localización u otras características particulares de la colectividad o grupo. Asimismo, se dispone que la notificación debe ser económica, eficiente y amplia, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. La notificación que se realice contendrá en todo caso los siguientes aspectos: a) la descripción de la colectividad o grupo; b) la identificación del actor y datos de contacto; c) la identificación del demandado; d) la descripción sucinta de los hechos, pretensiones y fundamentos; e) las posibles consecuencias para la colectividad o grupo; f) el carácter vinculante de la sentencia colectiva; g) el plazo y la forma para ejercer el derecho de excluirse del grupo; y h) cualquier otra información para el caso concreto....."

De lo anterior, se puede concluir claramente que la notificación a la Colectividad establecida en el párrafo tercero del artículo 591 del citado ordenamiento, ya de en sí misma no es una notificación ordinaria, sino que es la notificación de mayor envergadura e importancia en el procedimiento colectivo, puesto que, a través de ella, el juzgador da a conocer a la Colectividad respecto del inicio de la acción colectiva; ahora, refiriéndonos a la notificación del fallo definitivo a dictarse en el presente juicio, cobra una mayor trascendencia, pues de resolverse como procedentes los reclamos efectuados, el cúmulo de potenciales afectados pasa a determinarse sin lugar a dudas; ya que, como sostiene Antonio Gidi, "Una adecuada notificación, al contrario, concede legitimidad a la sentencia colectiva y la hace menos vulnerable a impugnaciones posteriores. Por ese motivo, los jueces analizan la cuestión de la necesidad y de la forma de la notificación con extrema cautela".

Por lo cual, es necesario definir una metodología específica, contenida en el fallo que se ha de dictar, que establezca claramente los medios por los cuales se ha de notificar la Sentencia que nos ocupa, atendiendo a los preceptos que rigen a este acto procesal, es decir, procurar una notificación económica, eficiente y amplia, por todos los medios necesarios a fin de asegurar su idoneidad.

Asimismo, en el artículo 608 del CFPC se establece que:

"ARTICULO 608.- La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 de este Código."

De lo anterior, tenemos que la Sentencia deberá ser notificada a la Colectividad y de ninguna manera establece que ello sea parte de lo condenado en la misma.

Esto es, no se establece que parte de la condena consista en "notificar" a la Colectividad de la existencia de la misma.

Al tratarse de un procedimiento colectivo, resulta relevante que la Sentencia Definitiva dictada en el juicio sea notificada a la Colectividad actora, para los efectos establecidos en los artículos 594 y 613 del CFPC, los cuales consisten en el derecho de los miembros afectados a adherirse a los beneficios de la Sentencia o a excluirse de los mismos, según les convenga.

Por tanto, la notificación de la Sentencia no forma parte de lo condenado en la misma; de hecho, la notificación de la Sentencia es un acto procesal importantísimo con base en el cual se da a conocer a la Colectividad afectada la existencia de la Sentencia y del derecho de acogerse a los beneficios de la misma, de acuerdo a la garantía de acceso e impartición de justicia de manera pronta y expedita.

Por lo anteriormente expuesto, a Usted C. Magistrado solicito:

# ÚNICO.- Acordar de conformidad lo solicitado.

## PROTESTO LO NECESARIO

LUIS MIGUEL KRASOVSKY PRIETO Ciudad de México, a 3 de mayo de 2019