

**MEMORÁNDUM EJECUTIVO**

**FECHA:** 26 DE OCTUBRE DE 2016

**PARA:** MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

**CC:** LIC. MARTINA SALINAS

**DE:** LUIS MIGUEL KRASOVSKY-LM KRASOVSKY Y ASOCIADOS-REPRESENTANTE COMÚN DE LA COLECTIVIDAD

**REF.:** AMPARO DIRECTO 193/2016 QUE REVISAN LA SENTENCIA DEFINITIVA DEL ASUNTO COLECTIVIDAD VS. NEXTEL POR DEFICIENCIA DEL SERVICIO.

**Litis.**

En términos generales, la colectividad demanda de Nextel la realización de inversiones necesarias en infraestructura de telecomunicaciones, a efecto de proporcionar a sus clientes un servicio óptimo y eficiente como es contratado y ofrecido, así como el reembolso mínimo del 20% que le confiere la Ley Federal de Protección al Consumidor, respecto de los pagos que han realizado la totalidad de los usuarios desde octubre de 2008 y hasta la fecha (“El Periodo de la Demanda”), bajo el argumento de que dicho proveedor de servicios de telecomunicaciones no ha entregado el 100% de lo que se comprometió contractualmente y mediante su publicidad, esto es, servicio de radio o trunking, teléfono e internet las 24 horas del día durante los 365 días del año.

**Sentencia de Primera Instancia.**

Acertadamente, el Juez invoca la ejecutoria 2244/2014 (Profeco vs Adidas, con lo que establece que la carga de la prueba en dicho juicio corresponde al proveedor, en este caso a Nextel). Sin embargo, el Juez omite aplicar la ejecutoria 28/2013 y, como consecuencia de ello, no obstante Nextel no aportó prueba alguna para acreditar que tiene la infraestructura suficiente para prestar un buen servicio y que entrega a sus clientes el 100% de lo prometido, el Juez decidió absolver a Nextel de las prestaciones reclamadas.

Se dice que no aplica la ejecutoria 28/2013 que ratifica y explica el contenido del artículo 583 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), el cual junto con la Exposición de

Motivos del Tercer Párrafo del artículo 17 constitucional, expresamente establece que los jueces al juzgar deberán de proteger al interés público y al interés colectivo. El Juez hizo exactamente lo contrario y, para arribar a su equivocada decisión, establece que no le da valor probatorio a los tres dictámenes periciales en la materia de telecomunicación que se presentaron y concluye con la prueba que ofreció la colectividad pero que no rindió el IFETEL (ya que esta autoridad manifestó su incapacidad por falta de recursos para elaborar el estudio solicitado), que si el Gobierno tolera las fallas de Nextel, para dicho Juez no hay incumplimiento. Cabe señalar que el IFETEL únicamente envió 12 mediciones realizadas del 2012 al 2014 en tan solo 11 Ciudades, cuando el reclamo de colectividad es que nos proporcione el 100% de lo prometido en más de 800 Ciudades a lo largo y ancho del País. Adicionalmente, dichas mediciones únicamente miden dos estándares mínimos de calidad como son las llamadas caídas y las llamadas interrumpidas.

### **Sentencia del Tribunal Unitario.**

Desafortunadamente, la apelación de la colectividad se remitió a un Tribunal Auxiliar en la Ciudad de Culiacán, resolviendo un Magistrado que por mucho no tiene la capacidad y la experiencia de los Magistrados de Primer Circuito.

Los agravios de la apelación en consecuencia versaron principalmente sobre la valorización de las pruebas, tomando en cuenta que la carga de la prueba corresponde al proveedor o demandado, y que si las pruebas aportadas por la parte demandada no demostraban que Nextel proveía los servicios en los términos acordados en la totalidad del territorio mexicano donde tiene concesión y durante todo “El Periodo de la Demanda” y, en consecuencia, no debió habersele tenido por acreditadas sus excepciones. También se hizo valer un agravio relativo a los honorarios del Representante Común de la Colectividad.

El Unitario burdamente no atendió ni se refirió siquiera a la totalidad de los agravios de la Colectividad, especialmente los presentados en un segundo escrito de ampliación de agravios, por lo que su Sentencia es omisa respecto de los siguientes puntos: i) Que Nextel al tener la carga de la prueba debió de haber probado, si hubiere querido, si presta o no un servicio eficiente mediante el dictamen de su perito, quien fue omiso en los puntos torales y su dictamen ni siquiera es mencionado por el Unitario en su Sentencia (ya que su sistema de software o de gestión proporciona detalladamente reportes de fallas, mismo que utilizan para ir definiendo donde ponen más antenas); ii) El tema de la falta de infraestructura de Nextel (principal causa de la ineficiencia de los servicios y una de las prestaciones reclamadas) y específicamente las respuestas de los peritos a las preguntas 49 a 51 de la pericial en materia de Telecomunicaciones; iii) Que el Juez hizo una incorrecta valorización de la Litis en el juicio al darle a la eficiencia del servicio un matiz

general, sin tomar en cuenta que el servicio es diferente de un periodo a otro, así como de un lugar a otro, y que no valoró para estos efectos el escrito y pruebas presentado por la Profeco el 29 de Agosto de 2012 y la Sentencia del Toca 322/2012 del Unitario en el juicio Profeco vs Nextel, que dejan fuera de duda la ineficiencia del servicio de Nextel durante “El Periodo de la Demanda (2008 al 2012)” y que las pruebas en que se basa el Juez Aquo sólo se refieren al periodo de 2012 al 2014, por lo que en todo caso se debió de condenar a Nextel respecto de las prestaciones reclamadas por los años anteriores y posteriores a dicho periodo, entre otras cosas.

Respecto a los agravios que sí atendió, el Unitario se limitó a referirse a los mismos, tratando de desvirtuarlos y establecer razones de por qué eran improcedentes, violentando el método de interpretación colectivo, ya que por ejemplo al referirse a la calidad del audio, no obstante reconoce que está por debajo de los estándares internacionales dice: “pero en ninguna medición tiene nivel 1”, esto es totalmente inaudible. Por otro lado, al referirse a la prueba pericial de la colectividad, establece que no le da valor probatorio en virtud de que el perito manifestó que no existía información o evidencia alguna de que Nextel hubiere hechos estudios para el diseño y armado de sus redes de telecomunicaciones, es decir, que no existía evidencia de que Nextel hubiere diseñado o realizado cualquier estudio para el dimensionamiento de sus redes, lo que reiterativamente el Unitario consideró que el perito estaba manifestando que no tenía los elementos para contestar la pregunta; es decir, en lugar de considerar los muchos elementos técnicos contenidos en dicho dictamen, se limita a referirse a la forma en que se expresa un Ingeniero muy diferente a la contundencia que puede expresar un Abogado. Como se puede apreciar, el Unitario tampoco siguió los lineamientos de la ejecutoria 28/2013, ya que en todo momento su razonamiento fue dirigido a cómo no tutelar los derechos del interés público y del interés colectivo, cuando lo que ordena este nuevo decreto de interpretación colectivo es, al mismo tiempo de juzgar, se tutele el derecho fundamental del consumidor que tiene la colectividad y en general tutelar el interés público mediante una sentencia que proteja la justicia a millones de personas que se encuentran en una situación de desventaja frente a su proveedor.

### **Conceptos de Violación.**

Como consecuencia de lo anterior, en su mayoría los conceptos de violación se refieren a la indebida valorización de las pruebas, pero incorporan diversos conceptos que derivan directamente de la incorporación a nuestro sistema de las acciones colectivas. Ejemplo, tanto en los agravios de la apelación como de los conceptos de violación, la colectividad se queja de que ni el Juez ni el Unitario tomaron en cuenta los hechos notorios que rodean al presente asunto y que se hicieron valer o se destacaron al Juez, previamente a que se dictara la sentencia en el juicio. Estos hechos notorios consisten en que desde el 2008,

Nextel está en los primeros lugares de quejas ante la Profeco, tal y como se desprende de las publicaciones hechas en el Internet en los informes anuales de dicha institución. También se invocaron como hechos notorios sendas publicaciones en Internet, en la que Nextel durante “El Periodo de Demanda” manifestó la promesa y necesidad de hacer inversiones millonarias en infraestructura, las cuales no tuvo la capacidad económica para hacer y no fue hasta la compra que hizo AT&T cuando se vislumbra la capacidad económica real para hacer estas inversiones, siendo otro hecho notorio que ésta última empresa, ha comprometido públicamente que en los próximos años invertirá tres mil millones de dólares.

En la demanda de Amparo Directo, básicamente, mi representada se duele de lo siguiente:

a).- El Magistrado no tomó en cuenta que correspondía a Nextel, el comprobar fehacientemente que los servicios en telecomunicaciones que presta son de calidad óptima o satisfactoria durante las 24 horas del día de los 365 días del año en la totalidad del territorio nacional, conforme a lo que se obligó en el Contrato de Prestación de Servicios, la publicidad que emite, las obligaciones adquiridas en sus títulos de concesión y las obligaciones adquiridas conforme a la Ley Federal de Protección al Consumidor, de conformidad con la ejecutoria dictada en el Amparo Directo en Revisión 2244/2014 por la Primera Sala de la SCJN.

b).- El Magistrado hizo una incorrecta valoración del informe rendido por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL), respecto de las mediciones efectuadas por éste sobre la calidad de los servicios prestados por Nextel, pues dicho informe: i) sólo mide respecto de los intentos de llamada, llamadas interrumpidas y SMS fallidos, excluyendo el trunking o radio y el internet móvil; ii) sólo incluyó mediciones en 13 ciudades, cuando Nextel presta sus servicios en más de 800; iii) el propio IFETEL declaró que carece del equipo necesario y del personal capacitado para realizar las mediciones.

c).- El Magistrado indebidamente consideró que el hecho de que no existan parámetros para la medición de la calidad para los servicios de trunking, mensajería e internet, ello releva a Nextel de cumplir con un mínimo de calidad, y supone que Nextel los presta con buena calidad.

d).- El Magistrado indebidamente no consideró que la acción colectiva también se dirigió en el sentido de que Nextel no cumple con las condiciones en que los servicios fueron contratados y publicitados, pues en este caso el cumplimiento a los parámetros del Plan Técnico es irrelevante, pues el cumplimiento a las citadas condiciones tiene su fundamento en la Ley Federal de Protección al Consumidor. El magistrado no tomó en

cuenta que Nextel no comprobó haber cumplido con los compromisos asumidos en su propia publicidad ni en su Contrato de Adhesión.

e).- El Magistrado indebidamente consideró que el reporte de la medición de la calidad emitido por el IFETEL “es representativo”, cuando aquel sólo abarcó 13 ciudades (de un total de 800 en donde no se practicó medición alguna), y no comprendió todos los servicios que presta Nextel; la omisión del IFETEL de practicar estudios en la totalidad de las ciudades, no debe tomarse en perjuicio de la clase afectada y en beneficio del proveedor; además, no es válido sostener que se deba esperar a que el IFETEL realice mediciones y éstas sean reprobatorias para estar en aptitud de demandar una indemnización.

f).- El Magistrado indebidamente consideró que, a pesar de que no existen mediciones respecto del servicio de trunking (radio), se debe considerar que éste es una “llamada”, lo que denota la falta de estudio del tema por parte de dicho Magistrado, siendo evidente que son servicios totalmente diferentes. Además, Nextel no aportó prueba alguna para acreditar que el servicio de trunking es óptimo o satisfactorio, recayendo en Nextel la carga de la prueba conforme a la ejecutoria dictada en el Amparo Directo en Revisión 2244/2014 por la Primera Sala de la SCJN.

g).- El Magistrado indebidamente considera que no existe una relación entre la calidad de los servicios prestados y la infraestructura de Nextel. Al respecto, es evidente que sí hay una relación directa entre la infraestructura y tecnología que posee un prestador de servicios en telecomunicaciones, con la calidad de dichos servicios; lo cual, incluso, se confirmó por los peritos. Asimismo, el Magistrado no tomó en cuenta que Nextel no aportó prueba alguna respecto a su infraestructura, y si ésta es suficiente para prestar los citados servicios de manera óptima o satisfactoria.

h).- El Magistrado ilegalmente desestimó los reportes de fallas enviados por el propio Nextel al IFETEL, siendo ello prueba fehaciente de que el proveedor no cumple con lo prometido en su Contrato de Adhesión, esto es, prestar los servicios de manera eficiente las 24 horas de los 365 días del año. Además, los reportes son cientos, lo que evidencia la falta de calidad de los servicios y la pobre infraestructura de Nextel.

i).- El Magistrado menospreció el hecho notorio consistente en que se reportó que un número importante de usuarios ha presentado quejas ante la Procuraduría Federal del Consumidor, al grado de ser Nextel al momento de dictarse la sentencia, la primera compañía con más quejas en el país, quedando en segundo lugar en el 2014, lo que revela una insatisfacción general de los servicios que presta Nextel, que en materia de telecomunicaciones es un elemento esencial para definir la calidad del servicio.

j).- El Magistrado indebidamente no otorgó valor probatorio al dictamen pericial de la Colectividad, rendido por Víctor Manuel Izquierdo Blanco. Se considera que el Magistrado realizó un inadecuado examen del dictamen rendido por dicho perito, pues no empleó la sana crítica ni lo comprendió en su integridad. En dicho dictamen, el mencionado perito afirmó en varias ocasiones que “no había evidencia” de que Nextel haya empleado, por ejemplo, la metodología adecuada para la planeación de radio frecuencias, siendo que el Magistrado interpretó dicha respuesta en el sentido de que el perito afirmó “no saber” la respuesta, cuando en realidad estaba afirmando que Nextel no hizo planeación alguna de las radio frecuencias, lo cual es necesario para dimensionar correctamente la red.

k).- El Magistrado omitió tomar en consideración el contenido de la ejecutoria 2244/2014, con base en la cual corresponde al proveedor (Nextel) la carga de la prueba. En ese sentido, el Magistrado debió valorar los dictámenes periciales en el sentido de que con ellos Nextel no probó contar con la infraestructura suficiente para prestar los servicios en telecomunicaciones ni tampoco que dichos servicios son óptimos y satisfactorios. Conforme a dicha ejecutoria, Nextel debió aportar mayores medios de prueba para acreditar que sus servicios cumplen con la normatividad legal, y con lo acordado y prometido en su publicidad, siendo que el Magistrado tomó solamente en cuenta un informe defectuoso e insuficiente remitido por el IFETEL, así como los tendenciosos y nada objetivos dictámenes periciales emitidos por José Antonio Rivas Gómez y David Muñoz Gardea (perito tercero que en la totalidad de sus respuestas hizo suposiciones) para absolver a Nextel de las prestaciones reclamadas.

l).- El Magistrado no tomó en consideración que con las pruebas allegadas al juicio, Nextel no probó que durante el periodo anterior al mes de julio de 2012 y durante el periodo posterior a febrero de 2014, prestó los citados servicios de manera óptima y satisfactoria, pues no aportó medio de prueba alguno para acreditarlo, siendo su obligación hacerlo conforme a los razonamientos de la ejecutoria 2244/2014. Asimismo, tampoco tomó en consideración que se verificó un gran incremento de usuarios en los últimos años, por lo que Nextel debió probar que cuenta con la infraestructura suficiente para prestar eficientemente todos los servicios.

m).- El Magistrado omitió proveer respecto de los honorarios del representante común, tomando en cuenta el trabajo realizado, la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la colectividad respectiva y demás circunstancias. El Magistrado debió proveer sobre dichos honorarios por cuanto hace a las prestaciones con contenido social que fueron reclamadas y tomando en consideración el trabajo realizado, la complejidad del mismo, entre otras cuestiones, los cuales deben ser cubiertos por el Fondo del Consejo de la Judicatura Federal. Asimismo, por tratarse de prestaciones con

contenido social (proveer infraestructura que beneficiará a los clientes de Nextel), debió proveerse respecto de los honorarios del representante común, con independencia de haber obtenido un fallo favorable.

n).- El Magistrado omitió proveer respecto de la notificación de la sentencia a la colectividad afectada, siendo que dicha notificación debe realizarse por los medios idóneos, de manera económica, eficiente y amplia, tomando en cuenta la ubicación y localización de la colectividad, con independencia de que la sentencia de fondo sea absolutoria o condenatoria.

### **Marco Legal de las Acciones Colectivas**

Vamos hacer un pequeño paréntesis para dejar claro que las Acciones Colectivas no se limitan a crear normas procesales modernas, como por ejemplo la figura de la legitimación que incorpora, sino que constituyen una nueva Institución jurídica que cambia adicionalmente la aplicación del derecho sustantivo, como lo establecen las Exposiciones de Motivos del Tercer Párrafo del artículo 17 constitucional y la del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) y la ejecutoria 28/2013 (en lo sucesivo la “Ley de Acciones Colectivas”). Es decir, las Acciones Colectivas transforman la aplicación del derecho, al incorporar un nuevo método de interpretación (el Colectivo) y de ahí que obligue a los jueces a juzgar, rompiendo los paradigmas del pasado y teniendo un rol mucho más activo en la problemática colectiva que se les presente. En virtud de lo anterior, previamente a expresar los conceptos de violación en el Amparo en cuestión, incluimos un capítulo de este tema, el cual se acompaña como anexo único.

### **Establecimiento de Guías**

Al tratarse de una nueva e importante Institución Jurídica, en la “Ley de Acciones Colectivas”, se establece expresamente lo siguiente:

*“En aras de garantizar la efectividad de la introducción de la figura al orden jurídico, a los juzgadores se les otorgó la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de estos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Por tanto, los jueces deben elaborar estándares y guías que les auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos. En este proceso de adaptación será necesario que los juzgadores revisen el espíritu de los procedimientos colectivos*



*de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones y, consecuentemente, los adecuen a las necesidades de nuestro ordenamiento jurídico.”*

De ahí la procedencia de los conceptos de violación plasmados bajo los numerales 7 y siguientes, por lo que se está solicitando a este H. Colegiado que si considera que hubo una indebida valorización de las pruebas en el presente asunto, no se limite ordenar al Juez inferior que haga una debida interpretación sino que el Amparo que se provea, sea para efectos más amplios que los que podrían ser para un juicio individualista y desde ahora establezcan esas guías de: i) cómo se debe publicar la Sentencia cumpliendo con el artículo 591 del CFPC; ii) de hacer condenas adicionales a las solicitadas por las partes para facilitar y eficientar los millones de incidentes que podrían venir después de dictar la Sentencia, condenando por ejemplo a Nextel a que proporcione la totalidad de los pagos recibidos de sus clientes durante “El Periodo de la Demanda” y hasta establecer guías de iii) cómo debe hacerse la retribución a los representantes comunes de las colectividades, lo cual podría impulsar importantemente esta institución jurídica de justicia al restablecer reglas claras a los abogados o asociaciones que emprendan diversas causas.

¡Por el amor de Dios!, imagínense un México en el que, en todos los Municipios del País existieran minorías, representando intereses de grupos mayoritarios que normalmente no tienen la capacidad económica de hacer valer sus derechos en contra de aquellas empresas que abusan contra los consumidores, y más adelante en contra de otros sectores de la sociedad que violentan los derechos humanos de la población.

Señores Magistrados, por favor no retarden ni lo imposibiliten a este México a que me refiero, para beneficiar a una sola empresa que, por cierto, cuando compró Nextel y decidió hacer las inversiones que presumen, ya conocía de la presente Acción Colectiva. Como se podrán dar cuenta, los tiempos y esfuerzos que normalmente se utilizan en la resolución de los asuntos son insuficientes para resolver respecto de esta nueva herramienta de justicia que tanto puede beneficiar a nuestro País, como lo ha hecho en muchos otros Países, por lo que les solicito nos otorguen audiencia, inclusive telefónica, para ampliar la información contenida en este memorándum o cualquier otro. Asimismo para cumplir con el artículo 583, les pido que cualquier argumento jurídico que surja en contra del interés público y colectivo, nos den la oportunidad de conocerlo y, en su caso, rebatirlo con todo respeto, en la forma de memorándum. Lo anterior, en ninguna forma soslaya ni demerita su función magisterial ya que, en última instancia, la Sentencia de Amparo y sus efectos la emitirán ustedes en la forma y términos que lo decidan.



ATENTAMENTE

LUIS MIGUEL KRASOVSKY