

El caso Big Cola

The Big Cola case

Jean Claude Tron Petit*
Alfredo Martínez Jiménez**

RDP

RESUMEN

En el presente artículo los autores relatan un caso paradigmático presentado ante la Comisión Federal de Competencia en 2003, contra lo que se ha llamado “Sistema Coca Cola”. De este modo, analizan la aplicación del derecho de defensa de la competencia (DDC), en la cual se plantean aspectos sobre interpretación, prueba y calificación, tanto de los hechos como del derecho en México. Los autores se preocupan por presentar los planteamientos de las partes y las decisiones de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) que invocan temas nunca antes abordados ni llevados ante los tribunales, para ser evaluados, y a la postre se emiten decisiones y criterios judiciales de vanguardia para el derecho económico.

PALABRAS CLAVE: competencia; Comisión Federal de Competencia; Cofeco; coca cola; prácticas monopolísticas; agentes económicos.

ABSTRACT

In this article the authors relate the paradigmatic case submitted to the Federal Anti-Trust Commission (Comisión Federal de Competencia) in 2003 against what has been called “the Coca Cola System”. In this manner they analyze the applicability of the Right to Defend Competition (DDC), in which they raise issues on interpretation, evidence and admissibility, both as to the facts and the Law in Mexico. The authors concern themselves with a presentation of the parties’ assertions and the decisions of the Federal Anti-Trust Commission (Cofeco) in which they raise issues never

* Magistrado de circuito y profesor en la Universidad Panamericana, en el Instituto de la Judicatura Federal y en el ITAM.

** Secretario de estudio y cuenta en el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

before dealt with by, or submitted to, the Courts for evaluation, and on top of that, they issue legal decisions and opinions that are at the vanguard of Economic Law.

KEY WORDS: competition; Federal Commission on Competition; Cofeco; coca cola; monopolistic practices; economic agents.

Sumario

1. David vs. Goliath
2. Cofeco
3. Contexto y problemática
4. Juicio de amparo
5. Temas del fallo
 - A. *Empresa*
 - B. *Agentes económicos*
 - C. *Grupo económico*
 - D. *Integración vertical de los agentes económicos*
 - E. *Plazo para emitir el oficio de presunta responsabilidad*
 - F. *Prueba indirecta, concepto*
 - G. *Prueba indirecta, idoneidad*
 - H. *Actas de fe de hechos constituyen indicios*
 - I. *Carga de la prueba*
 - J. *Velo corporativo*
 - K. *Control judicial de los actos y resoluciones administrativas*
 - L. *Mercado relevante*
 - M. *Multas, su justificación*

1. David vs. Goliath

En este artículo se relata un caso paradigmático que versa sobre la aplicación del derecho de defensa de la competencia (DDC), donde se plantean aspectos inéditos en México sobre interpretación, prueba y calificación tanto de los hechos como de derecho.

Precisamente por ello, vale la pena destacar el ingenio y creatividad de los planteamientos de las partes, las decisiones de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) que invocan temas nunca antes abordados ni llevados ante los tribunales para ser evaluados y, a la postre, se emiten decisiones y criterios judiciales de vanguardia para el derecho económico.

El contexto de los planteamientos y consecuentes pronunciamientos trata sobre los siguientes aspectos:

- Agente económico y empresa.
- Grupo y sistema económico.
- Prácticas concertadas, evidencias funcionales por incentivos.
- Prueba indiciaria.
- Pruebas relevantes (actas de corredores).
- Carga probatoria y Velo corporativo (incentivos e intereses, sustancia sobre forma).
- Procedimiento administrativo y caducidad.
- Motivación.
- Mercado relevante (nacional y regional).
- Coparticipación de agentes en conductas grupales.
- Desechamiento de pruebas.

2. Cofeco

Entre el 12 de mayo y el 14 de octubre de 2003 diversas personas físicas y Ajemex, S. A. de C. V. presentaron una denuncia ante la Cofeco¹ contra lo que denominaron “Sistema Coca Cola”,² por la comisión de presuntas prácticas monopólicas relativas, en el mercado de la distribución y comercialización de bebidas carbonatadas en envase cerrado.

La Cofeco realizó la investigación correspondiente, y concluyó la existencia de prácticas monopólicas relativas, consistentes en:

- a) A nivel local, en sujetar la venta de bebidas carbonatadas³ de las marcas Coca Cola a las tiendas detallistas bajo la condición de no vender ni promocionar las bebidas carbonatadas de las marcas de

¹ Comisión Federal de Competencia.

² Integrado por diversas empresas: Yoli de Acapulco, Coca Cola Femsa, Propimex, Inmuebles del Golfo, Panamco México, Panamco Bajío, Panamco Golfo, Grupo Contal, Embotelladora La Favorita, Embotelladora Zapopan, Industria Refresquera Peninsular, Embotelladora La Victoria, Refrescos Victoria del Centro, Embotelladora de San Juan y The Coca Cola Export Corporation.

³ Estas prácticas se consumaron en la ciudad de Acapulco, Guerrero y en las zonas metropolitanas de las ciudades de México, Distrito Federal; Guadalajara, Jalisco; León, Gua-

Big Cola y, además, de manera unilateral rehusarse a vender a las tiendas detallistas bebidas carbonatadas de las marcas Coca Cola, aun cuando dichas bebidas carbonatadas están disponibles y son normalmente ofrecidas a terceros, lo cual desplaza indebidamente e impide sustancialmente el acceso de Ajemex en el mercado relevante de la distribución y comercialización de bebidas carbonatadas.

b) A nivel nacional, por la elaboración, envasado y transporte de bebidas carbonatadas atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por The Coca Cola Export Corporation, de manera concertada con las empresas cabeza de grupo y las embotelladores, todas integrantes del sistema Coca Cola.

Una clara ejemplificación de estos dos aspectos (mercado relevante regional o local y nacional) la podemos apreciar en el cuadro siguiente:

Ámbito o Mercado	Empresa ¹	Actividad	
Nacional	TCCEC (franquiciante)	Provee concentrado	
		Mercadotecnia	Control Dirección Define políticas
Regional	Grupos (franquiciatario)	Producción Mercadotecnia Comercialización	
Localidad	Embotelladores (franquiciatario)	Producción Mercadotecnia Comercialización	
Puntos de venta	Detallistas	Comercialización	

Sistema Coca Cola

* Cada tipo de empresa o tienda (detallista) realiza en la integración vertical una determinada función que se determina y viene condicionada por la superior. Es una clara integración vertical donde colaboran a niveles gerenciales y operativos especializados, diferentes y jerárquicamente ordenados. Cada empresa opera en dimensiones, ámbitos o mercados distintos pero a la poste es un trabajo de equipo.

najuato; Mérida, Yucatán; Oaxaca, Oaxaca; Puebla, Puebla; Querétaro, Querétaro; Veracruz y Xalapa, ambos del estado de Veracruz.

La resolución dictada el 30 de junio de 2005 se sustenta, básicamente, en el hecho de que existe un grupo de interés económico (al que denominó “Sistema Coca Cola”), integrado por diversas empresas que, en lo particular, cumplen alguna de las actividades interrelacionadas, encaminadas a comercializar las bebidas carbonatadas dentro del canal detallista.

Dicha integración la determinó de la manera siguiente: The Coca Cola Export Corporation, como sucursal en México de The Coca Cola Company, interviene en la política comercial y de negocios al aportar el concentrado de los productos a los embotelladores y participa con éstos en la elaboración de programas comerciales de grupo, dado el interés económico común entre las empresas.

El siguiente cuadro ilustra lo que comentamos:

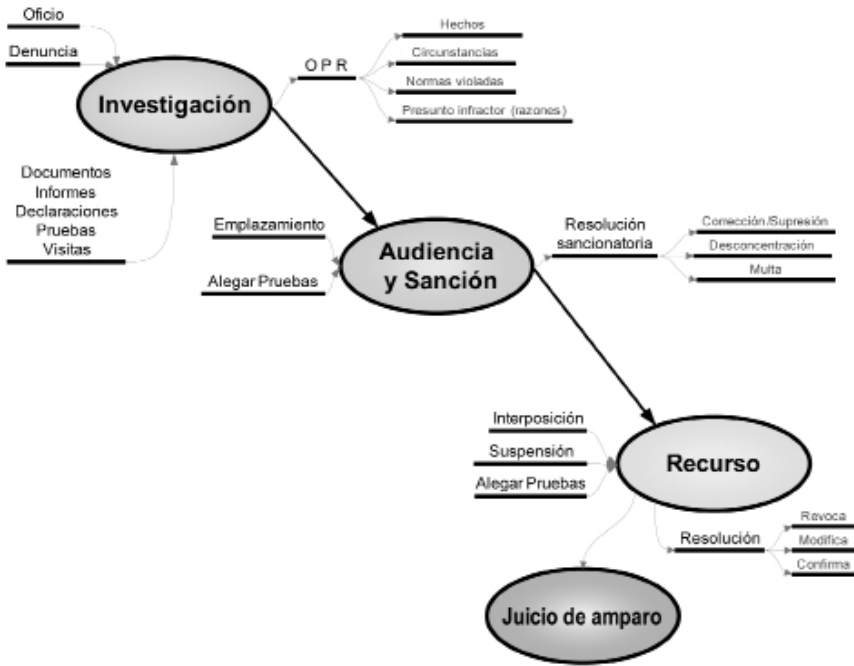
TCCC											—	Marca
TCCEC											—	Concentrado
CC Femsa			Grupo Contal				Arca				—	Sistema C C
Propi mex	Inmuebles del Golfo	Panamco México	Embot		Embot		Embot		Embot			
Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall	Detall		

Las conductas investigadas causan daño en la medida que restringen la competencia y libre concurrencia, además que desplaza indebidamente e impide, sustancialmente, el acceso de Ajemex en el mercado local y nacional, por lo que el daño se materializa al limitar la posibilidad para que el consumidor cuente con diversas opciones (precio y calidad) al momento de adquirir refrescos dentro del canal detallista, en virtud de la instrumentación y coordinación de conductas de exclusividad y ventas atadas.

La tipificación de las conductas llevó a la Cofeco a imponer a cada una de las empresas investigadas: a) una multa por la cantidad de \$10,530,000.00, y b) la supresión inmediata de las prácticas monopólicas imputadas.

El 17 de junio de 2005 se resolvió el recurso de reconsideración confirmando la diversa del 30 de junio del mismo año.

Las diversas etapas del procedimiento instruido por la Cofeco se dieron en el contexto de potestades que le corresponden, descritas en el siguiente diagrama:



3. Contexto y problemática

La materia de la investigación y pronunciamiento, tanto en sede administrativa como en el juicio de amparo, en cuanto al aspecto de legalidad, versó esencialmente en los temas que a continuación se destacan:

- Prácticas de exclusividad impuestas a detallistas y ventas condicionadas a no comercializar productos de la competencia (Big Cola).
- El infractor debe tener poder sustancial en el mercado relevante para ser responsable de una práctica relativa.
- Quien realiza la conducta tachada de ilícita es una pluralidad de sujetos con organización compleja (Sistema Coca Cola).
- Faltan pruebas directas de las conductas imputadas y el comportamiento de cada agente no es diáfano, ni evidente la existencia del referido sistema.

- Problemas para imputar responsabilidades y para sancionar diferentes comportamientos, aparentemente desvinculados o no correlacionados.

4. Juicio de amparo

El 13 de diciembre de 2005, las empresas sancionadas pertenecientes al denominado “Sistema Coca Cola” promovieron demandas de amparo, correspondiendo conocer al Juez Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien, seguidos los trámites de ley, dictó sentencia sobreseyendo en los juicios.

Dicha resolución fue modificada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito el 8 de febrero de 2007 y, en virtud que se reclamó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley Federal de Competencia Económica como de su Reglamento, se remitieron los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de que ejerciera su competencia originaria.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de amparo en revisión 478/2006,⁴ en lo relativo a la inconstitucionalidad que se planteó por la empresa quejosa, The Coca-Cola Export Corporation, del artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica, analizó y se pronunció sobre los temas siguientes, a saber:

- 1) Que el artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica no viola la garantía de seguridad jurídica sólo porque no conceptúa qué o a quiénes deben considerarse como “agentes económicos”, pues dicho precepto no debe interpretarse en forma aislada, sino conforme con el resto de las normas establecidas en su régimen legal.
- 2) De la interpretación de los artículos 1o., 2o. y 3o. de la ley de la materia, así como de la vinculación de conceptos como: economía, mercado, agente, participación y actividad, concluyó lo que debe entenderse por agentes económicos,⁵ que lo define y caracteriza en los términos siguientes:

⁴ Del 24 de octubre de 2008.

⁵ Lo resuelto dio lugar a diversas tesis de jurisprudencia y aisladas, publicadas en el *Sema-*

- Son las *personas* o *entidades* que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución, intercambio y comercialización de bienes y servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones pactadas entre sí, de tal manera que por sus *ganancias* y utilidades comerciales, su actividad trasciende a la vida económica del Estado al *repercutir* en el proceso de competencia y libre *conurrencia*.
- Distingue dos cuestiones fundamentales: *a)* los *sujetos* de derecho, y *b)* las *formas* en que pueden constituirse agentes económicos para efectos de determinar la existencia de prácticas monopólicas.
- Las personas o entidades responden invariablemente a un “quién” y no a un “cómo”, mientras que las indicadas formas de participación no deben entenderse como algún sujeto de derecho, sino como la *actividad* que éstos pueden desarrollar y que, al trascender a la vida económica del Estado, pueden constituirse como agentes económicos para efectos de determinar la existencia de prácticas

nario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a julio y septiembre de 2008, cuyos rubros son:

AGENTES ECONÓMICOS. DISTINCIÓN ENTRE SUJETOS DE DERECHO Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA, PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA).

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO “AGENTES ECONÓMICOS”.

COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 25, 27, 28, 29, 30 Y 31 DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, A PETICIÓN DE PARTE, ANTE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VULNERAN EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007).

COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 25, 27, 28, 29, 30 Y 31 DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, A PETICIÓN DE PARTE, ANTE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VULNERAN EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007).

COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 25, 27, 28, 29, 30 Y 31 DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, A PETICIÓN DE PARTE, ANTE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VULNERAN EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007).

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE REGULA LA FORMA DE ACREDITAR LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL DENUNCIANTE, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE EQUITAD PROCESAL (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007).

monopólicas, en tanto que los instrumentos o herramientas jurídico-financieras se determinan en formas y no en sujetos.

- 3) En relación con los grupos económicos señaló a quienes, en un momento dado, puede considerárseles como un agente económico, para lo cual, precisa, es necesario:
 - a) Analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que lo conforman, pues el simple hecho de que estén organizados como tal no implica necesariamente que todos sus componentes se encuentren vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí, o bien sin el consentimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que sólo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico.
 - b) Examinar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre otra, ya sea de *iure* o de *facto*.

Finalmente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia reservó jurisdicción al Tribunal Colegiado que previno, para el estudio de los aspectos de legalidad.

5. Temas del fallo

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁶ se avocó al estudio de legalidad del asunto, definiendo y resolviendo, esencialmente, los temas y conceptos siguientes que dieron lugar a los criterios que a continuación se transcriben:

A. Empresa

El artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica señala que están sujetos a dicha ley todos los agentes económicos. Por tanto, fue

⁶ Del 18 de junio de 2008.

pertinente definir la factibilidad de incluir dentro de este concepto a la parte quejosa,⁷ para lo cual era necesario precisar ¿qué debe entenderse por empresa para efectos del DDC?

En este sentido, la siguiente tesis:

EMPRESA. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. La elucidación del concepto empresa en materia de competencia económica responde a un criterio funcional, y abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica, por lo que si no cumple dicha condición, no es posible considerarla como empresa.⁸

B. Agentes económicos

Fue igualmente necesario definir el contenido de los conceptos de “agente económico”⁹ y de “grupo económico”, por estar íntimamente relacionados con el concepto de empresa, para de esta manera establecer si la parte quejosa, como parte integrante de un grupo de interés económico, está sujeta a las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, bajo este último concepto.

AGENTES ECONÓMICOS. SU CONCEPTO. Tanto el derecho de defensa de la competencia nacional como el de la Comunidad Europea (como referencia por ser análoga a la legislación mexicana, concretamente coincidente con los criterios jurisprudenciales de los tribunales) consideran agente económico a cualquier sujeto de derecho (persona física o jurídica) que ejerza de forma autónoma una actividad económica en el mercado. También lo han definido como toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico o de su modo de financiación. De acuerdo con lo anterior, debe entenderse por agente económico a aquellas *personas que compiten y concurren en la*

⁷ Conformada por cada una de las empresas del denominado Sistema Coca Cola.

⁸ Registro: 168,677, Tesis: I.4o.A. J/64, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2008, t. XXVIII, p. 2176.

⁹ Que es el término empleado en el artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica.

*producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pactan entre sí, de tal forma que su actividad repercute en los mercados y procesos de libre competencia, ya que dadas las ganancias o utilidades comerciales que obtienen, trascienden a la economía del Estado.*¹⁰

C. Grupo económico

En la realidad, y atendiendo a necesidades y conveniencias de orden económico, es peculiar la integración de colectivos de empresas para alcanzar, de mejor manera y con más eficiencia, determinados objetivos que aislada e individualmente son imposibles, de ahí las corporaciones.

En el caso se está frente a la integración en una relación vertical de empresas que llevan a cabo, cada una, determinadas actividades y funciones en un proyecto común, que abarca desde explotar una marca y secreto comercial, hasta producir, embotellar, distribuir y conseguir la venta al detalle de bebidas carbonatadas.

No obstante la estructura, naturaleza y enfoque jurídico formal de las empresas integrantes del grupo, se describe a éste, desde una perspectiva o acepción funcional, conforme a un proyecto económico en los términos siguientes:

GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. En materia de competencia económica se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales que tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Así, aunado a los elementos de interés —comercial y financiero— y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. En esa tesitura, el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas

¹⁰ Registro: 168,514, Tesis: I.4o.A. J/65, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1211.

persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad —poder latente— es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica, entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación. Por lo tanto, para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico, para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante.¹¹

D. Integración vertical de los agentes económicos

Los acuerdos verticales¹² no son ilícitos *per se* en tanto no restrinjan de manera irrazonable o innecesaria la competencia, pudiendo ser, por el contrario, un factor de incremento de la misma de resultar idóneos y necesarios para incrementar la eficiencia.¹³

Sin embargo, se debe apreciar y valorar, en casos concretos y específicos, la eventualidad de que puedan tener un efecto anticompetitivo, real o potencial y, después, si dichas restricciones a los mercados pueden verse compensadas por efectos más beneficiosos en eficiencias y favorables para los consumidores.

En el caso que se analiza, se concluye que la integración vertical tiene un efecto anticompetitivo en relación con otras marcas en el mercado,

¹¹ Registro: 168,470 7, Tesis: I.4o.A. J/66, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1244.

¹² Acuerdos entre empresarios en distintas fases de un proceso.

¹³ Se debe examinar la eficiencia al tenor del bienestar que produce la práctica en los consumidores y en la sociedad en general.

pues si bien hay una relativa competencia entre los embotelladores del grupo, ésta resulta limitada a sus territorios y a los productos que fabrica y con una posible ganancia en eficiencia.

Sin embargo, parece indudable que, en la competencia entre marcas, sí se generan barreras de entrada, injustificadas y de gran relevancia,¹⁴ en la medida en que se dificulta a otros fabricantes de la rama, competir sobre la base de precio y calidad de sus productos, sin justificación o ventajas competitivas relativas a obtener mejores eficiencias que superen a las restricciones.

Otro aspecto a considerar fue la existencia de un líder que ejerce control efectivo en el comportamiento del grupo en el mercado. Es así que Cofeco pone énfasis en un aspecto funcional, lo que ocurre en el mercado, más que en el aspecto estructural y formal en quien lo produce, considerando que la identidad de los agentes puede ser ocultada u opacada en la sinergia de la integración vertical del grupo.

Procedimiento de investigación de prácticas monopólicas. Cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, la Comisión Federal de Competencia debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo. En los grupos de interés económico es esencial que haya un órgano de coordinación entre sus integrantes, sin cuya existencia no cabría hablar de una asociación de empresas. Por tanto, a partir de los vínculos de tipo comercial, organizativo, económico, jurídico, relativos al control, autonomía y unidad de comportamiento en el mercado entre las sociedades que puedan existir, es factible demostrar la influencia de una de las empresas sobre la estrategia de las

¹⁴ Sujetar la venta de bebidas carbonatadas de las marcas Coca Cola a las tiendas detallistas a la condición de no vender ni proporcionar las bebidas carbonatadas de las marcas de Big Cola (de Ajemex) y además, de manera unilateral rehusarse a vender a las tiendas detallistas bebidas carbonatadas de las marcas de Coca Cola, aun cuando dichas bebidas carbonatadas están disponibles y son normalmente ofrecidas a terceros, lo cual desplaza indebidamente e impide sustancialmente el acceso de Ajemex en el mercado relevante de la distribución y comercialización de bebidas carbonatadas y en todo el territorio nacional respecto de la elaboración, envasado y transporte de bebidas carbonatadas atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por The Coca Cola Export Corporation, las empresas cabeza de grupo y las embotelladores referidas, todas integrantes del sistema Coca Cola.

otras, y justificar que se conciban como una sola unidad económica. Esta circunstancia origina que en la práctica sean muy diversos los procedimientos que pueden utilizar las empresas para ponerse de acuerdo o coordinarse con vistas a restringir la competencia, pudiendo además, en ciertos casos, ser difícil establecer con precisión cómo se ha llegado a un acuerdo o a un comportamiento anticompetitivo concertado, dado el cuidado que los interesados pondrán en ocultar un acuerdo o decisión formal. En esa tesitura, la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto.¹⁵

E. Plazo para emitir el oficio de presunta responsabilidad

Aun cuando los artículos 27, 30 y 31 de la Ley Federal de Competencia Económica establecen algunos plazos, éstos no se relacionan directamente con la emisión del oficio de presunta responsabilidad.

No es óbice que el artículo 4o. del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica señale que cuando la ley o el reglamento no especifiquen plazo, se entenderán cinco días hábiles para cualquier actuación, pues dicha disposición debe entenderse en su contexto, esto es, que rige las actuaciones dentro de cada una de las etapas que conforman el procedimiento administrativo de competencia,¹⁶ pero no entre una y otra etapa, concretamente la de investigación y la de audiencia en forma de juicio, en tanto son autónomas e independientes, y porqué es una facultad discrecional determinar si conforme a las pruebas de las que se allegó la Comisión en la etapa de investigación, existen o no elementos para determinar una posible práctica monopólica. Es así que la emisión del oficio de presunta responsabilidad no puede estar condicionada al plazo

¹⁵ Registro: 168,587, Tesis: I.4o.A. J/67, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2008, t. XXVIII, p. 2286.

¹⁶ Investigación, audiencia y decisión y recurso.

que precisa el artículo citado. Sin embargo, es indiscutible que sí estará sujeto al término de caducidad previsto en la fracción IV del artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley Federal de Competencia Económica, tal como se explica en la tesis siguiente:

COMPETENCIA ECONÓMICA. AUN CUANDO LOS ARTÍCULOS 27, 30 Y 31 DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007 NO ESTABLECEN UN PLAZO ESPECÍFICO PARA EMITIR EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, ÉSTE ESTÁ SUJETO AL TÉRMINO DE CADUCIDAD PREVISTO EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 373 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DE APLICACIÓN SUPLETORIA. Los artículos 27, 30 y 31 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica vigente hasta el 12 de octubre de 2007, establecen algunos plazos que rigen las actuaciones dentro de cada etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de Competencia. Ahora bien, de su interpretación no se advierte que exista alguno específico para emitir el oficio de presunta responsabilidad, que tiene lugar al concluir la fase de investigación la que, en su caso, implica el inicio de la de audiencia en forma de juicio, que es autónoma e independiente de aquélla. Sin embargo, la regulación del procedimiento debe atender al principio de seguridad jurídica, pues la potestad para entablar un procedimiento y, en su caso, imponer alguna sanción, debe estar sujeta a limitación temporal, de lo contrario, ello daría lugar a la arbitrariedad en la persecución de los hechos investigados en cualquier momento; pero también debe sujetarse al de legalidad y, más concretamente, al de tipicidad, que exige la prevención expresa para que actos de preclusión y de privación puedan darse, sobre todo, cuando está de por medio tutelar el interés público para que los mercados operen en un ambiente de concurrencia, por lo que el mencionado oficio de presunta responsabilidad sólo está sujeto al término de caducidad previsto en la fracción IV del artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley Federal de Competencia Económica.¹⁷

¹⁷ Registro: 168,717, Tesis: I.4o.A. J/63, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2008, t. XXVIII, p. 2049.

F. Prueba indirecta, concepto

La complejidad en la actuación de las personas morales o entes colectivos llega a su grado máximo cuando se trata de la realización de actos ilícitos o desleales. También sucede en planeaciones donde se realizan actos con cierta apariencia pero con una razón sustancial y efectos distintos. En esos casos, no puede esperarse que la participación de la persona jurídica o integrantes del ente colectivo quede nítidamente expresada y perceptible a través de todos y cada uno de los actos desplegados por las personas físicas que cuenten con facultades de representación, contenidas en los documentos y estatutos que conforman su estructura jurídica.

Por el contrario, es de esperarse que los actos que realicen las entidades mencionadas, para conseguir un fin contrario a la ley o a principios, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización.

La manera de llegar a la demostración de la verdad de los enunciados expresados por las partes, en relación con las hipótesis que se hayan planteado, es fundamentalmente a través de la prueba indirecta.

PRUEBA INDIRECTA. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN. Una prueba es indirecta cuando de la demostración de la existencia de un hecho secundario (hecho probado) sea posible extraer inferencias que fundamenten la hipótesis del hecho principal (hecho por probar o presunto). Así, la prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis de existencia de un hecho principal, pero a través de un paso lógico, que parte de un hecho secundario. En ese orden de ideas, el grado de apoyo de la hipótesis a probar dependerá de: a) el nivel de aceptación de la existencia del hecho secundario, es decir, si ésta está suficientemente probada y, b) el grado de aprobación de la inferencia, que se funda en la eficiencia y suficiencia del hecho secundario, cuya existencia ha sido probada, lo que, por lo general, implica acudir a máximas de experiencia solventes y a argumentos basados en la sana crítica. En conclusión, para determinar el grado de aceptación de la inferencia, que parte del hecho secundario o probado hacia el principal o inferido presuntivamente,

te (hecho por probar), es necesario conocer el criterio en el que dicha inferencia se apoya, que comúnmente son enunciados de carácter general que convencen de la pertinencia y suficiencia de los indicios para aseverar la hipótesis o conclusión, también conocidos como máximas de experiencia. Así, mientras más preciso y seguro sea el criterio, mayor será el grado de aceptación de la inferencia.¹⁸

El modelo de Toulmin es muy adecuado para explicar y dar cuenta de la corrección de la prueba indirecta, también denominada circunstancial, indiciaria o presuncional.

Especial comentario merece el distinguir y matizar entre hechos:

- a) Principales o sustanciales. Entendidos como el conjunto de circunstancias que forman la premisa fáctica de la norma aplicable, conducente a una calificación jurídica y son el presupuesto necesario para que se produzcan o desencadenen los múltiples efectos jurídicos previstos en aquélla.¹⁹
- b) Probatorios o de comprobación. Con un carácter funcional o instrumental, pertinentes para acreditar la existencia o inexistencia del principal, son datos o informaciones —en ocasiones a manera de indicios— aptos para probar, cuando se les emplea como premisa menor de un razonamiento inferencial a los que se aplica una máxima de experiencia.²⁰
- c) Medios de prueba.

En muchos casos —especialmente los denominados difíciles en cuanto al tema de prueba de hechos—, donde es difícil obtener o recopilar evidencias directas, es indispensable acudir y debe bastar la prueba indirecta.

¹⁸ Registro: 168,580, Tesis: I.4o.A. J/72, Jurisprudencia, materia(s): común, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2287.

¹⁹ *Factum probandum*.

²⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia. Estudios de derecho judicial”, ponencia, *Lenguaje forense*, vol. 32/2000, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-34 http://www.iej.cl/archivos_descargas/LA%20ARGUMENTACION%20PROBATORIA%20Y%20SU%20EXPRESION%20EN%20LA%20SENTENCIA.doc., son los *factum probans*.

Es así que al ser imposible o poco probable y verosímil pretender acreditar ciertos hechos de manera directa, sea razonable permitir que síntomas o indicios del objeto de prueba sean suficientes para tenerlo por acreditado o considerarlo como evidente.

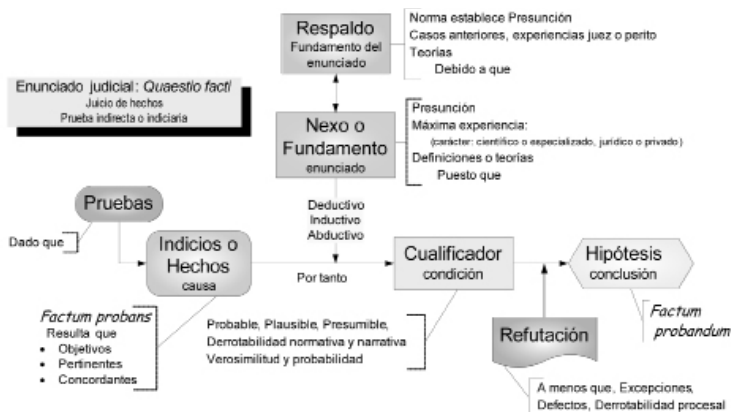
Los indicios son síntomas, evidencias o signos indicativos de otra realidad o hecho que puede ser inducido, con más o menos seguridad, dependiendo que tan contundentes —reales o probables— sean estos indicios y la idoneidad o contundencia de la regla empírica o máxima de experiencia utilizada como vínculo o conexión. Se tiene así una cadena inferencial:

Indicio o hecho probado + máxima de experiencia o regla empírica = hipótesis o hecho probable.

La primera condición para poder asignar valor convictivo o demostrativo a los indicios debe ser que estén probados.

La segunda condición es que haya un fundamento cognoscitivo o nexo que permita relacionar, con cierto grado de probabilidad o certeza, la correspondencia o pertenencia entre indicios e hipótesis, al que Toulmin denomina garantía y respaldo.

La tercera es que no haya refutaciones, salvedades o indicios en contra y con más fuerza que los de imputación. Una exposición del razonamiento inductivo es el siguiente esquema.



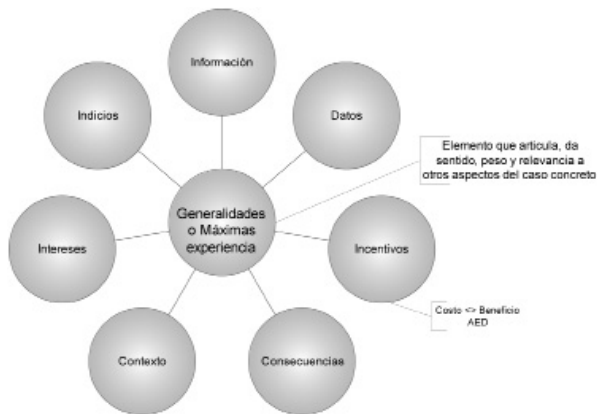
Como se advierte, la hipótesis coincide con el *factum probandum* —objeto o hecho fundamental a probar—, a partir de ciertos indicios o evi-

dencias que, a manera de síntomas, suficientes y convincentes, permiten inferir el consecuente.

A ese indicio lo denominamos el *factum probans* —objeto o hecho que prueba al otro—, siempre que se expongan las razones pertinentes, que pueden ser máximas de experiencia o, incluso, una presunción legal que es precisamente eso mismo, una máxima de experiencia pero positivada, esto es, reconocida como tal por el legislador e idónea para presumir y tener por cierto el hecho a probar —*factum probandum*—.

La inferencia y valor de la hipótesis está condicionada a un cierto grado de probabilidad, ya que no es absoluto su valor inductivo, además que puede ser refutado con alguna otra evidencia de mayor peso que condujera a plantear una hipótesis contraria y más sólida.

Lo que confiere convicción a la prueba indirecta es una serie de indicios o elementos que aparecen en la órbita o periferia de la figura siguiente, acreditados, correlacionados o adminiculados entre sí por las máximas de experiencia o reglas de la sana crítica, elemento que permite unir e integrar a los *factum probans* para afirmar, con niveles de probabilidad y razonabilidad lógica, a las hipótesis o *factum probandum*.



G. Prueba indirecta, idoneidad

De los hechos secundarios probados —pruebas indirectas— es posible obtener el conocimiento del hecho principal mediante un procedimiento

racional inductivo con suficiente respaldo de probabilidad lógica, asociada a experiencias provenientes de la realidad y prácticas cotidianas, esto es, una inferencia válida de la existencia de las conductas que pueden estar proscritas por la ley.

COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. En materia de competencia económica es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo, dado el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio de ello, por lo cual es evidente que, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados, ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen, para lo cual debe hacerse una labor de enlace o adminiculación de diversos hechos conocidos para extraer una presunción o hipótesis a partir de un indicio, y derivar inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal, sin que pueda exigirse un mayor rigor en el acreditamiento de circunstancias y móviles, dada su naturaleza. En ese orden de ideas, acorde con lo dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica como en su reglamento, la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, adminiculados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas; pues es de esperarse que los actos realizados por esas empresas para conseguir un fin contrario a la ley, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización.²¹

²¹ Registro: 168,495, Tesis: I.4o.A. J/74, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, p. 1228.

H. *Actas de fe de hechos constituyen indicios de prueba*

Un aspecto debatido fue la calidad probatoria e idoneidad de las actas de fe de hechos, estableciéndose que si bien no participan de manera exacta de la naturaleza de los documentos públicos ni de la testimonial, no por ello carecen de valor y relevancia probatorias, ya que tal medio probatorio no se encuentra prohibido por la ley y, además, son un instrumento idóneo y pertinente para captar y reflejar el resultado de entrevistas de campo y estudios o encuestas de mercado que exigen ser registradas al momento, en tanto son efímeras, por lo que es difícil que puedan repetirse o dejar evidencias que permitan su posterior observación o acreditación, lo que hace inapropiadas e inconducentes pruebas que demandan abundantes formalidades y tiempo para su preparación y desahogo.

ACTAS DE FE DE HECHOS LEVANTADAS POR CORREDORES PÚBLICOS. AUN CUANDO AQUÉLLAS EN LAS QUE CONSTAN DECLARACIONES DE PERSONAS ENTREVISTADAS SOBRE DETERMINADO TÓPICO NO SON DOCUMENTOS PÚBLICOS EN SU MÁXIMA PURA ESENCIA, NI TESTIMONIALES, SÍ CONSTITUYEN INDICIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR LA CONDUCTA ATRIBUIDA A UN AGENTE ECONÓMICO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. La Comisión Federal de Competencia está obligada a perseguir con eficacia prácticas anticompetitivas —en términos de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, lo que la habilita para allegarse de los medios pertinentes y eficientes para ese fin. En este orden de ideas, si bien es cierto que las actas de fe de hechos levantadas por corredores públicos en las que constan declaraciones de personas entrevistadas sobre determinado tópico no son documentos públicos en su máxima pura esencia, puesto que la fe del corredor no tiene el alcance de constatar la veracidad de lo manifestado ante él, ni pueden considerarse testimoniales, en virtud de que no se ofrecieron con las formalidades que prevé el Código Federal de Procedimientos Civiles, también lo es que no por ello carecen de valor y relevancia probatorias, al ser un instrumento o medio idóneo para captar y reflejar el resultado de entrevistas de campo y estudios o encuestas de mercado que exigen ser registradas al momento, ya que son efímeras, por lo que es difícil que puedan repetirse o dejar evidencias que permitan su posterior observación, por lo que constituyen indicios suficientes para susten-

tar la conducta atribuida a un agente económico en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas y, por tanto, su admisión no transgrede dispositivo legal alguno, sobre todo cuando están en relación directa con la litis.²²

I. *Carga de la prueba*

Para decidir, en casos concretos, a quién corresponde la carga probatoria debe atenderse al tipo de pretensión, de tal forma que la fijación de esa exigencia procesal está íntimamente vinculada con la acción deducida.

Consecuente con lo anterior, si la pretensión de la denuncia fue acreditar prácticas monopólicas relativas, llevadas a cabo por el “Sistema Coca Cola”, era evidente entonces que, para acreditar tales hechos, se imponía previamente determinar si existía el referido sistema, correspondiendo la carga probatoria a la Comisión.

El objeto de ese grupo económico es la especulación comercial de una marca de la que es titular una empresa —como franquiciante— y otras más explotarán ese activo intangible —como franquiciatarios—, siendo peculiar que en estas convenciones el titular determina y coordina las políticas comerciales que regirán el acuerdo.

De resultar acreditados los hechos precedentes, recae entonces en la parte quejosa demostrar que los medios de convicción aportados a los autos, así como su análisis y valoración, no fueron los adecuados para tener por existente el llamado “Sistema Coca Cola”.

En ese contexto, contrario a lo pretendido por las quejas, no se les impone la carga de probar un hecho negativo, sino que, en realidad, se trata de un hecho positivo que, una vez acreditado por la Comisión, se debió desvirtuar por la parte contraria como defensa que es.

En efecto, es inatendible la pretensión de la parte quejosa en el sentido que la autoridad debió precisar en el contexto funcional y dinámico del grupo económico, cuál es la conducta concreta que se le atribuye a cada miembro en particular, puesto que la actividad comunitaria desplegada es la que se sanciona, en virtud de la unidad económica de las diversas per-

²² Registro: 168,517, Tesis: I.4o.A.647 A, aislada, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1311.

sonas morales investigadas, derivada de la integración vertical que guardan y no una conducta particular, descontextualizada de todo el proceso de fabricación del concentrado y bases para bebidas carbonatadas hasta llegar a su comercialización.

COMPETENCIA ECONÓMICA. CORRESPONDE A LA EMPRESA SANCIONADA DEMOSTRAR QUE NO FORMA PARTE DEL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE SE ATRIBUYE LA INSTRUMENTACIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS CONDUCTAS CONSIDERADAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. Cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico la Comisión Federal de Competencia presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia el citado órgano sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a éste demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente.²³

J. Velo corporativo

La teoría del “levantamiento del velo de la persona jurídica” es empleada para descubrir, en relación con las personas morales, la ilicitud de los actos que desarrollen en su interior, al tenor de un uso abusivo de formas jurídicas, no obstante aparentar licitud lo que puede ser utilizado con el fin de apropiarse y disfrutar de los privilegios con que cuentan esa clase de personas, que originalmente fueron ideados para proteger y asegurar eficiencia económica, así como la seguridad jurídica que facilite el desempeño de la actividad económica, sin embargo, en algún momento deben usarse para encubrir prácticas anticompetitivas.

Esta teoría se vincula con la diversa que establece el predominio de la sustancia *versus* forma, especialmente cuando no es posible dar una explicación económica u operativa de la forma elegida, resultando entonces patente que se utilizó sólo con el fin de defraudar determinados principios en concordancia con el uso abusivo e injustificado de formas jurídicas.

²³ Registro: 168,497, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1227.

TÉCNICA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA O VELO CORPORATIVO”. SU SUSTENTO DOCTRINAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutaban las personas morales no sólo han sido usados para los efectos y fines lícitos que persiguen, sino que, en algunas ocasiones, indebidamente han sido aprovechados para realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley, con distintas implicaciones que denotan un aprovechamiento indebido de la personalidad de los entes morales, generando afectación a los derechos de los acreedores, de terceros, del erario público o de la sociedad. De ahí que ese aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos que permitan conocer realmente si el origen y fin de los actos que aquéllas realicen son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios tuitivos de que gozan. Luego, con el uso de dichos instrumentos se pretende, al margen de la forma externa de la persona jurídica, penetrar en su interior para apreciar los intereses reales y efectos económicos o negocio subyacente que existan o laten en su seno, con el objetivo de poner un coto a los fraudes y abusos que, por medio de esos privilegios, la persona jurídica pueda cometer, en términos de los artículos 2180, 2181 y 2182 del Código Civil Federal. Para ese efecto, podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, y analizar sus aspectos personal, de fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, para buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común, y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. Esto es lo que sustenta doctrinalmente a la técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo”. Por consiguiente, la justificación para aplicar dicha técnica al apreciar los hechos y determinar si son constitutivos de prácticas monopólicas conforme al artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en el procedimiento de investigación relativo, es conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales.²⁴

²⁴ Registro: 168,410, Tesis: I.4o.A. J/70, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1271.

K. Control judicial de los actos y resoluciones administrativas

Cuando el tribunal realiza el control judicial de actos administrativos donde confluyen valoraciones de tipo económico, cuestiones de hecho, de derecho, actitudes subjetivas²⁵ o una mezcla de todas, asociadas al ejercicio de facultades discrecionales desplegadas por una autoridad especializada, lo debe hacer bajo un parámetro de razonabilidad y proporcionalidad, buscando siempre: *i)* la consecución de una finalidad permitida por la Constitución —evitar prácticas monopólicas—, y *ii)* el respeto al Estado de derecho pero sin que el órgano de control jurisdiccional anule o limite la discrecionalidad de la autoridad para que regule y hasta diseñe de manera precisa y detallada aspectos de la actividad económica que se encuadran bajo su potestad, y facultades de apreciación y decisión.

Lo anterior debe ser bajo el escrutinio tanto del marco de la legalidad como del de legitimidad,²⁶ específicamente exigiendo que el ejercicio de facultades discrecionales coincida y sea armónica con la obtención de los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra.

La intensidad en el análisis y control constitucional debe respetar la libertad de configuración y construcción de políticas públicas.

Es así que la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma, de tal manera que la Constitución federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de los jueces al estricto ejercicio de sus competencias de control.

Una consecuencia o resultante es que en la normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que el margen de discrecionalidad

²⁵ Como es el abuso del poder sustancial en el mercado relevante que se adjudica o imputa a la quejosa.

²⁶ Es pertinente distinguir la diferencia entre los criterios de corrección de actos fundados en facultades regladas que dan lugar a intensidades de *ilegalidad* por la violación a normas y precedentes aplicables, en contraste con los basados en facultades discrecionales cuya violación acarrea niveles de *ilegitimidad* cuando la actuación se desvía de los fines previstos en el ordenamiento.

conferido en ciertas materias significa que las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada para no sustituir la potestad conferida, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si las clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.²⁷

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES. La Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado y especializado de la administración pública federal que, en sus decisiones, aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha sido investida para ponderar las circunstancias y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica; es decir, en el desarrollo de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas éstas, buscando siempre la consecución de la finalidad establecida por la Constitución, que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas. De ahí, el despliegue de la potestad jurisdiccional para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, a efecto de que el ejercicio de esas facultades discrecionales corresponda con los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra. Por tanto, el control judicial de los actos de dicha comisión se realiza mediante la verificación de que sus actos no violen derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los procedimientos relativos, lo que acontecería, por ejemplo, cuando no se respetan las normas reguladoras del procedimiento, y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación; en la medida que tales vicios se traduzcan en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida, incurriendo así en desvío de poder.²⁸

²⁷ Tesis de jurisprudencia 84/2006, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, noviembre de 2006, t. XXIV, p. 29.

²⁸ Registro: 168,499, Tesis: I.4o.A.622 A, aislada, materia(s): administrativa, Novena Época, *Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1325.

L. Mercado relevante

Por mercado relevante se entiende el ámbito donde existe un conjunto de bienes o servicios, iguales o similares, razonablemente sustituibles, que estén al alcance del consumidor²⁹ en determinado territorio y en el lapso que esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad o preferencia.

El concepto, que tiene una triple delimitación —objetiva,³⁰ geográfica y temporal—, adquiere importancia si se considera que es, en éste contexto, donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionen la concurrencia y eficiencia económica. Es así que la connotación de mercado relevante se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder de mercado.

En el caso fue necesario determinar el mercado en dos dimensiones o variantes de carácter:

- Local (distribución y comercialización de bebidas carbonatadas en envase cerrado).
- Nacional (elaboración, envasado y transporte de tales bebidas carbonatadas).

Tal proceder se justificó ya que participan diversos agentes económicos cuya actividad está interrelacionada en la conducta *lato sensu*, es decir, la desarrollada por el “Sistema Coca Cola” (como grupo o unidad económica) y las empresas embotelladoras, integrantes del grupo, que operan en determinados y específicos territorios, lo que determina la existencia de dos mercados en razón del ámbito geográfico en que operan cada uno de los agentes.

MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen

²⁹ Entiéndase por consumidor el que obtiene bienes o servicios en el mercado, pudiendo ser proveedores, competidores o distribuidores, pero no se debe entender por consumidor, para efectos del derecho de la competencia, solamente al usuario final de bienes o servicios, como lo define la Ley Federal de Protección al Consumidor, es decir, la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos, servicios.

³⁰ Atendiendo al producto o servicio de que se trate.

una definición conceptual de lo que es “mercado relevante”; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el “mercado relevante” es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de “mercado relevante” se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo. Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado “mercado relevante” implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados. Como ejemplos de algunas definiciones del concepto en estudio se tiene que tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como el tribunal, ambos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, afirman que: “El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores”. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronun-

ciado en los siguientes términos: “El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad”. También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: “El concepto de «mercado relevante» implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado”. De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el “mercado relevante” son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.³¹

M. Multas, su justificación

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de amparo en revisión 478/2006, también consideró que para acreditar fehacientemente la responsabilidad en la actividad ilícita de que se trate es necesario demostrar la participación de todos y cada uno de los componentes de un grupo económico en la actividad irregular, es decir, que efectivamente éste, en su totalidad, es responsable de tales actividades, pues si a alguno de ellos no puede comprobársele participación y, por ende, responsabilidad, no tiene porqué involucrarse sólo por formar parte del grupo.

En la sentencia se abunda diciendo que no basta con demostrar la existencia de un grupo económico para atribuir a todos sus integrantes responsabilidad por una conducta o un hecho determinado, sino es preciso establecer la participación de éstos en su realización para que pueda exigírseles responsabilidad por él, de manera que aun cuando sea parte

³¹ Registro: 168,609, Tesis: I.4o.A. J/75, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2008, t. XXVIII, p. 2225.

del grupo, si no se demuestra su participación en una situación concreta, no es válido considerarlo partícipe de ella.

Bajo estas premisas, la conducta considerada por la Comisión Federal de Competencia se debe entender en el contexto que es desarrollada por el “Sistema Coca Cola”, donde las empresas agrupadas, aunque formalmente sean sociedades jurídicamente independientes, constituyen, desde el punto de vista económico, un grupo de intereses, es decir, la separación formal entre sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, lo crucial e importante es la unidad y su comportamiento en el mercado.

En consecuencia, resulta que todas las conductas desarrolladas por el “grupo” están relacionadas e inciden y trascienden en el mercado relevante delimitado por la Comisión.

El antecedente es que existe una vinculación operativa, patrimonial y comercial entre los diversos agentes económicos sancionados, y que si bien en conjunto configuran un agente económico, en lo particular, todas y cada una, por separado, cumplen alguna de las actividades interrelacionadas, en sinergia, ya conocidas dentro del mercado relevante definido, encaminadas a comercializar las bebidas carbonatadas en envase cerrado dentro del canal detallista.

De esta manera, la unidad económica se concibe como el fin último, y no como el medio para lograr el objetivo reprochado por la Comisión, es decir, la realización de la práctica monopólica relativa se configura desde un punto de vista holístico, porque sin la participación de cada una de las empresas emplazadas y sancionadas no podría haberse llegado al resultado conocido en los diversos territorios en que participan.

Sin embargo, esa aparente dicotomía entre grupo económico y empresa o agente económico individual que se maneja en el presente asunto, en cuanto a la conducta y a las multas, se desvanece si se considera que la cooperación de cada sociedad mercantil, en lo individual dentro de la actividad interrelacionada que le corresponde, constituye parte de la esencia misma del grupo, y sin cuya intervención, se reitera, no podría funcionar aquél, lo que quiere decir que el grupo *per se* tiene por finalidad mejorar o desarrollar su actividad económica —en este caso en contravención de la ley—, permitiendo la colaboración entre empresas, pero sin eliminar su personalidad jurídica y, por ende, de su responsabilidad, al ser

titulares de voluntad para decidir participar en la práctica sancionadora en su conjunto.

En efecto, son personas jurídicas distintas que realizan conductas diversas con niveles de participación y responsabilidad diferentes aunque complementarias, orientadas, en cierta medida, a un fin común, pero no dejan de ser propias e individuales de cada agente económico y centro de imputación autónomo. En este sentido, cabe destacar que se trata de personas jurídicas con voluntad y patrimonios distintos que asumen riesgos económicos diferentes e independientes; son, por tanto, centros de decisión que deben responder, por integrar un grupo, por la concertación en ciertas prácticas en las que se advierte la actuación de un líder.

Por lo tanto, es precisamente el medio –conducta individual de cada agente, influenciada por quien coordina y el objetivo común— que conduce al fin alcanzado o práctica sancionada, lo que precisamente se trata de desalentar con la imposición de la multa a cada uno de ellos, además de la supresión de la práctica realizada por la suma de actividades del grupo, pues es evidente que la conducta desplegada por cada empresa y elementos aportados por cada una son determinantes en fases o etapas de decisión o autoría de la práctica y ejecución o realización material de ellas ante cada detallista, en virtud de la colaboración y cooperación que existe.

En consecuencia, el análisis que se hizo de la participación de la quejosa en los actos sancionados, fue tendente a acreditar la interrelación que existe entre las diversas empresas y su grado de participación en prácticas colectivas que derivan en las conductas sancionadas, teniendo en cuenta las pruebas indirectas, su comportamiento y las políticas comerciales, por lo que es innecesario decir en qué medida, el mercado donde participa cada agente económico, repercute de manera particular en la imposición de la multa cuando es el “sistema” el que incide en la conducta reprochada. Por tanto, es ocioso que deba darse una motivación especial y, en esta medida, son válidas y suficientes las razones dadas para motivar la imposición de la multa máxima.

COMPETENCIA ECONÓMICA. CUANDO LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA, AL IMPONER LA MULTA MÁXIMA LEGALMENTE PREVISTA A UNA EMPRESA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DA ARGUMENTOS QUE SE CONSIDERAN VÁLIDOS Y SUFICIENTES PARA MOTIVARLA, ES INNECESARIO QUE RAZONE EN QUÉ MEDIDA EL MERCADO EN

EL QUE PARTICIPA CADA AGENTE ECONÓMICO REPERCUTE DE MANERA PARTICULAR EN LA SANCIÓN. El artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica establece los elementos que la Comisión Federal de Competencia debe considerar en la imposición de las multas, tales como la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia o antecedentes del infractor y su capacidad económica. En ese contexto, cuando la mencionada comisión, al imponer la multa máxima legalmente prevista a una empresa de un grupo de interés económico considera que la gravedad de la infracción, vinculada con el daño causado, se sustenta en que se obstaculiza el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados relevantes de distribución y comercialización de cierto tipo de productos, y en todo el territorio nacional respecto de su elaboración y transporte, atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por el propio grupo, estas razones deben considerarse válidas y suficientes para motivar la imposición de la multa y, por tanto, es innecesario que la indicada comisión razone en qué medida el mercado en el que participa cada agente económico repercute de manera particular en la sanción, ya que es la actividad del “grupo” la que incide en la conducta reprochada; máxime si se considera que las empresas agrupadas, aunque jurídicamente sean independientes, constituyen desde el punto de vista económico un “grupo de intereses”, es decir, su separación formal no es determinante en la presente hipótesis, porque lo importante es su unidad y comportamiento en el mercado.³²

El tema de la gradación de la sanción, concretamente en lo referente al elemento subjetivo de intencionalidad y responsabilidad de cada empresa, es un aspecto que también se cuestionó y mereció, en síntesis, la siguiente respuesta.

COMPETENCIA ECONÓMICA. SI UNA EMPRESA QUE FORMA PARTE DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO A LA QUE SE IMPUSO LA MULTA MÁXIMA LEGALMENTE PREVISTA, AL HABERSE DETERMINADO PRESUNTIVAMENTE SU CAPACIDAD ECONÓMICA ANTE SU OMISIÓN DE EXHIBIR LOS ELEMENTOS OBJETIVOS REQUERIDOS POR LA AUTORIDAD,

³² Registro: 168,496, Tesis: I.4o.A.655 A, aislada, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1327.

PROMUEVE JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA DICHA RESOLUCIÓN, A ELLA CORRESPONDE ACREDITAR CON ALGÚN MEDIO DE PRUEBA QUE LA SANCIÓN IMPUESTA, COMPARATIVAMENTE CON SUS INGRESOS, ES DESMEDIDA O MATERIALMENTE IMPOSIBLE O DIFÍCIL DE CUBRIR. Durante la etapa de investigación de prácticas monopólicas atribuidas a una empresa que forma parte de un grupo de interés económico, la Comisión Federal de Competencia puede requerir a aquélla la exhibición de diversa documentación atinente a conocer su situación económica para graduar la sanción, por ejemplo, los estados financieros auditados al ejercicio fiscal correspondiente. Luego, en el supuesto de que no fuera atendido ese requerimiento, llegado el momento de emitir la resolución correspondiente e imponer la multa máxima legalmente prevista, al examinar el requisito de la capacidad económica del infractor en términos del artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica, dicha autoridad puede determinarlo presuntivamente, motivando su decisión en el contexto del comportamiento y daño que el grupo económico produce, y ante la falta material de elementos objetivos (como los estados financieros indicados), es factible que valore otros aspectos, tales como la relación entre la población de una ciudad y el consumo per cápita a nivel nacional de un producto o servicio. De ahí que en el juicio de amparo indirecto que se promueva contra aquella resolución administrativa, corresponde al agente económico afectado, en términos de los artículos 81 y 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, acreditar con algún medio de prueba que la sanción impuesta, comparativamente con sus ingresos, es desmedida o materialmente imposible o difícil de cubrir, tomando en consideración además, que la mencionada comisión es un órgano especializado y con experiencia en la materia, lo que le permite suponer que el monto de la multa desalentará el comportamiento desarrollado por el grupo de interés económico al que pertenece el infractor.³³

³³ Registro: 168,494, Tesis: I.4o.A.656 A, aislada, materia(s): administrativa, Novena Época, Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2008, t. XXVIII, p. 1336.