COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Pleno
Cemex México, S.A de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente RA-008-2013

México, Distrito Federal, a dos de mayo de dos mil trece.- Visto el recurso de reconsideración interpuesto por el representante legal de Cemex México, S.A. de C.V., el trece de febrero de dos mil trece, registrado bajo el número de expediente al rubro indicado, en contra de la resolución dictada en el expediente DE-017-2006 el dieciocho de diciembre de dos mil doce. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1°, 2°, 3°, 23, 24, fracciones IV y XIX, 25, y 39 de la Ley Federal de Competencia Económica, 1, 3, y 71 de su Reglamento, así como 1, 5, fracción I, 10, 11, fracción VII, y 12 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, en la sesión celebrada el día de hoy, el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia resolvió de acuerdo a los antecedentes, consideraciones de derecho y resolutivos que a continuación se expresan.

GLOSARIO

Para facilitar la lectura de la presente Resolución se utilizarán los siguientes acrónimos:

AGA	Administración General de Aduanas.
AMA	Administración de la Aduana Marítima de Altamira.
Apasco	Holcim Apasco, S.A. de C.V.
APITAM	Administración Portuaria Integral de Tampico.
BANXICO	Banco Nacional de México.
BMV	Bolsa Mexicana de Valores.
CANACEM	Cámara Nacional del Cemento.
CDM	Comercio para el Desarrollo Mexicano, S.A. de C.V.
Cemex	Cemex México, S.A. de C.V.
CFC o Comisión	Comisión Federal de Competencia.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable supletoriamente en términos del artículo 1° del RLFCE.
Denunciantes	Irkon, CDM y MCC.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
Emplazada o la recurrente	Cemex.
GCC	GCC Cemento, S.A. de C.V.
GUA	Gremio Unido de Alijadores, S.C. de R.L.
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Irkon	Irkon Holdings, S.A. de C.V.
Lafarge	Lafarge Cementos, S.A. de C.V.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, vigente a partir del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres y hasta el inicio del procedimiento el veintiséis de junio de dos mil seis.
LFRASP	Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
LFTAIPG	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
MCC	Maquinaria, Carros y Camiones, S.A. de C.V.
Moctezuma	Corporación Moctezuma, S.A.B. de C.V.
OPR	Oficio de Presunta Responsabilidad.
PAMA	Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera.
PJF	Poder Judicial de la Federación.
Resolución recurrida	Resolución emitida por el Pleno de la CFC el dieciocho de diciembre de dos mil doce, dentro del procedimiento DE-017-2006
RICFC	Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de noviembre de dos mil seis, vigente al momento de la tramitación del procedimiento.
RICFC vigente	Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, publicado el dos de noviembre de dos mil doce en el Diario Oficial de la Federación, vigente a partir del día siguiente de su publicación.
RLFCE	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, vigente hasta el inicio del procedimiento el veintiséis de junio de dos mil seis.
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
TMA	Terminal Marítima de Altamira.

ANTECEDENTES

Primero. El veinticinco de abril de dos mil seis, Irkon; CDM y MCC presentaron denuncia en contra de Cemex; la CANACEM; Apasco; GCC; Lafarge; y Moctezuma por la presunta comisión de prácticas monopólicas violatorias de la LFCE, vigente al inicio del procedimiento.[1]

Segundo. El nueve de junio de dos mil seis se emitió acuerdo por virtud del cual se admitió a trámite la denuncia presentada y se ordenó el inicio de la investigación por las prácticas monopólicas absolutas previstas en las fracciones II y III del artículo 9° de la LFCE y la práctica monopólica relativa prevista en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, en el mercado de la producción, distribución y comercialización de materiales para la construcción.

El veintiséis de junio de dos mil seis se publicó en el DOF un extracto del acuerdo de inicio de la investigación.

Tercero. El veintiocho de octubre de dos mil ocho, esta Comisión concluyó la investigación en el penúltimo día del periodo de investigación vigente, de conformidad con el calendario anual de suspensión de labores de esta autoridad para el año dos mil ocho y enero de dos mil nueve, publicado en el DOF el catorce de febrero de dos mil ocho.

El veintiséis de enero de dos mil nueve se emitió el OPR únicamente por la comisión de la práctica prevista en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE y se notificó a Cemex el veintinueve de enero de dos mil nueve.[2]

Cuarto. Una vez tramitado el procedimiento hasta su culminación, el veinticinco de enero de dos mil doce se resolvió:

> "***PRIMERO.-*** *Se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa, prevista en el artículo 10, fracción VI, de la LFCE, por parte de Cemex México, S.A. de C.V.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Con fundamento en el artículo 35, fracción I, de la LFCE se ordena la supresión de la práctica monopólica relativa por parte de Cemex México, S.A. de C.V.*
>
> *Ahora bien, como parte de la supresión de la conducta prevista en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, la responsable queda obligada a acreditar ante esta CFC en un plazo de treinta días, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de la presente resolución, a implementar un Código de Conducta acorde con la LFCE, el cual deberá instrumentarse y darse a conocer a todos los empleados de Cemex México, S.A. de C.V., incluyendo altos funcionarios de la empresa y de todas y cada una de sus filiales.*

[1] Fojas 0001 a 0511 del expediente.
[2] Fojas 10856 a 11152 del expediente (Tomo Confidencial y Tomo XIV).

Con fundamento en los artículos 34, fracciones I y II de la LFCE y 42 del RICFC, se apercibe a Cemex México, S.A. de C.V. de que, en caso de no cumplir con lo ordenado en el presente resolutivo, se le podrá imponer una multa como medida de apremio hasta por el importe equivalente a mil quinientas veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por esta Comisión.

TERCERO.- *Con fundamento en los artículos 35, fracción V, y 36 de la LFCE se impone una multa a Cemex México, S.A. de C.V. por la cantidad de $10,179,000.00 (DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS 00/100 M.N.).*

CUARTO.- *Notifíquese.*"

Quinto.- El veinticuatro de febrero de dos mil nueve, se admitió el juicio de amparo interpuesto por Cemex en contra de, entre otros, el OPR de veintiséis de enero de dos mil nueve, emitido en el expediente citado al rubro. Dicho amparo se radicó en el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León bajo el número de expediente 77/2009.

Sexto.- El diez de julio de dos mil nueve el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León emitió sentencia definitiva otorgando el amparo y protección de la Justicia Federal a Cemex para que "(...) *la Comisión Federal de Competencia deje insubsistente el oficio de presunta responsabilidad de veintiséis de enero de dos mil nueve, dictado dentro del procedimiento de responsabilidad DE-17-2006* (...)"

Séptimo.- Contra la determinación anterior, la Comisión interpuso recurso de revisión el veinticuatro de julio de dos mil nueve, el cual en razón de turno correspondió conocer al H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, asignándosele el número de amparo en revisión 348/2009.

Octavo.- El veinticinco de agosto de dos mil nueve se notificó a esta Comisión el otorgamiento de la suspensión provisional del acto reclamado "(...) *para el efecto de sin paralizar el procedimiento número DE-17-2006, que lleva a cabo la Comisión Federal de Competencia Económica,* (sic), *dicha autoridad se abstenga de dictar sentencia hasta en tanto se resuelva el juicio de amparo, es decir, cause ejecutoria la sentencia constitucional;* (...)", determinación que fue confirmada mediante sentencia interlocutoria de dos de septiembre de dos mil nueve, emitida dentro del incidente de suspensión.

Noveno.- El seis de mayo de dos mil diez el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en el amparo en revisión 348/2009, resolvió revocar la sentencia definitiva emitida por el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León y sobreseer el juicio de amparo intentando por Cemex. Determinación que fue notificada a esta Comisión el catorce de junio de dos mil diez.

Décimo.- El quince de julio de dos mil diez, el Pleno resolvió en el expediente citado al rubro, lo siguiente:

> *"(...) **PRIMERO.-** Encausar el procedimiento a fin de dejar sin efectos el oficio de presunta responsabilidad de veintiséis de enero de dos mil nueve, así como todo lo actuado en el presente procedimiento a partir de éste y reponer el procedimiento corrigiendo las irregularidades cometidas, con miras a preservar la garantía de audiencia, defensa, debido proceso y certidumbre jurídica de Cemex.*
>
> ***SEGUNDO.-** Notifíquese personalmente. (...)"*

Décimo primero.- El mismo quince de julio de dos mil diez se emitió un nuevo OPR, el cual se le notificó a Cemex el veintiuno de julio de dos mil diez.

Décimo segundo.- El veintisiete de agosto de dos mil diez se notificó a esta Comisión el acuerdo de fecha de dieciocho de agosto de dos mil diez, emitido por el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, en el cual se aprecia que dicho Juzgado otorgó en el juicio de amparo número 585/2010 a Cemex una suspensión provisional para el efecto de que "*se mantengan las cosas en el estado que actualmente guardan y no tenga lugar la reposición del procedimiento, es decir, para que no se lleve a cabo el desarrollo de este o de su instrucción en cuanto a sus etapas procesales, así como para que tampoco se dicte resolución en el mismo, que decida la controversia con base en el nuevo oficio de quince de julio de 2010* (sic) *reclamado, hasta en tanto se resuelva en definitiva el presente incidente de suspensión.*"

Décimo tercero.- El diez de enero de dos mil doce se notificó a esta Comisión la ejecutoria de veintitrés de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, en la cual se resolvió otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal a Cemex. Dicha ejecutoria otorgó el amparo para los siguientes efectos:

> *"(...) Bajo ese tenor, es que la resolución reclamada vulnera los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica de la quejosa, por lo que **procede conceder a Cemex México, S.A. de C.V. el amparo y la protección de la Justicia Federal** solicitados, a efecto de que la autoridad responsable deje insubsistente la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que ordena encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia dentro del procedimiento administrativo de ejecución DE-017-2006, de forma que vuelva al estado que se encontraba justo antes de la emisión de esa resolución, y por ende, dicte la resolución final a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis. (...)"*

Décimo cuarto. El veinticinco de enero de dos mil doce esta Comisión emitió resolución dentro del expediente DE-017-2006 en cumplimiento a la ejecutoria de veintitrés de noviembre de dos

mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, dejando sin efectos la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que se ordenó encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad, incluyendo el OPR emitido el mismo quince de julio de dos mil diez.

Décimo quinto.- Inconforme con el cumplimiento que esta CFC dio a la ejecutoria referida en el antecedente inmediato anterior, Cemex presentó recurso de queja por defecto dentro del juicio de amparo 585/2010 y, el trece de marzo de dos mil doce, el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León resolvió que era infundada.

Décimo sexto.- El dos de abril de dos mil doce se admitió el recurso de queja de queja, presentado por Cemex el veintiséis de marzo de dos mil doce y turnado al H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, radicado bajo el expediente 39/2012-I, en contra de la resolución dictada por el Juez de Distrito que declaró infundada la queja relativa al exceso o defecto en el cumplimiento del amparo.

Décimo séptimo.- El dieciocho de octubre de dos mil doce, el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito resolvió que la queja era fundada y fue notificada a esta CFC el cinco de noviembre de dos mil doce.

Décimo octavo.- El dieciocho de diciembre de dos mil doce en cumplimiento con la ejecutoria anterior[3], el Pleno de esta Comisión emitió una nueva resolución dentro del expediente DE-017-2006, notificada a Cemex el veinte de diciembre del mismo año, mediante la cual se resolvió dejar sin efectos:

1. *La Resolución de veinticinco de enero de dos mil doce dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006.*
2. *La Resolución de quince de julio de dos mil diez dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006, mediante la cual se encausó y repuso procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia.*
3. *El Oficio de Probable Responsabilidad de fecha quince de julio de dos mil diez dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006.*

Décimo noveno.- El primero de febrero de dos mil trece se emitió un auto dentro del juicio de amparo 585/2010 promovido por Cemex, mediante el cual el Juez Quinto de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León, declaró que la ejecutoria dictada en el presente juicio había quedado cumplida y se tenía por restituido a la quejosa en el goce de la garantía individual reclamada, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, pues la autoridad

[3] Ejecutoria de queja 39/2012-I de fecha dieciocho de octubre de dos mil doce emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

competente (Comisión Federal de Competencia) realizó las obligaciones exigidas en el fallo protector.

Vigésimo.- El trece de febrero de dos mil trece, Cemex presentó recurso de reconsideración en contra de la resolución a que se refiere el antecedente Décimo Octavo anterior, el cual fue admitido mediante acuerdo de diecinueve de febrero de dos mil trece, bajo el número de expediente RA-008-2013. Asimismo, en dicho acuerdo se ordenó la suspensión de la ejecución de la resolución y se ordenó dar vista a aquellos que fueron parte del procedimiento dentro del expediente DE-017-2006, sin que se hubieran manifestado respecto de dicha vista ningún agente económico.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

Primera.- El Pleno de esta Comisión es competente para resolver los recursos de reconsideración interpuestos ante esta CFC en términos de lo establecido por los artículos 1°, 2°, 3°, 23, 24, fracciones IV y XIX, 25 y 39 de la LFCE, reformada mediante decreto publicado en el DOF el diez de mayo de dos mil once, 1, 3 y 71 de su Reglamento publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete, así como 1, 5, fracción I, 10, 11, fracciones VII y VIII, y 12 del RICFC vigente.

Segunda.- En su escrito de recurso de reconsideración la recurrente señala los agravios que a su consideración le ocasiona la Resolución recurrida, los cuales no se transcriben textualmente.

Lo anterior es posible dado que, de conformidad con los criterios jurisprudenciales de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al realizar el estudio de los agravios, la autoridad no está obligada de manera predeterminada a la forma o estructura en que se presenten los conceptos de agravio, ya que lo importante es que se examinen todos y cada uno de los puntos controvertidos.[4]

---

[4] Sirven de apoyo, de manera analógica, las tesis de jurisprudencia y aisladas que a continuación se citan: ***AGRAVIOS, EXAMEN DE LOS.*** *Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos puede causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en diversos grupos. Ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etcétera; lo que importa es el dato sustancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija.* No. Registro: 241,958. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 48 Cuarta Parte. Tesis. Página: 15. Genealogía: Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 26, página 70.
CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS. *El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime*

Asimismo, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, respecto de los criterios del PJF, a continuación se citan las tesis aplicables a cada uno de los agravios inoperantes, ya sean estos por reiterativos, por que abundan en sus manifestaciones, plantean manifestaciones genéricas, por novedosos, porque no atacan la totalidad de los argumentos de la Resolución recurrida o por que no justifican la transgresión.

Agravio	Jurisprudencia
Inoperante	En apoyo se cita la jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./J. 188/2009 con número de registro 166,031, emitida en la novena época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 27/2008-PL, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Noviembre de 2009, a página 424, bajo el rubro *"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS EN LOS QUE SE PRODUCE UN IMPEDIMENTO TÉCNICO QUE IMPOSIBILITA EL EXAMEN DEL PLANTEAMIENTO QUE CONTIENEN. Conforme a los artículos 107, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción IV, 87, 88 y 91, fracciones I a IV, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión es un medio de defensa establecido con el fin de revisar la legalidad de la sentencia dictada en el juicio de amparo indirecto y el respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento, de ahí que es un instrumento técnico que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, cuya materia se circunscribe a la sentencia dictada en la audiencia constitucional, incluyendo las determinaciones contenidas en ésta y, en general, al examen del respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento del juicio, labor realizada por el órgano revisor a la luz de los agravios expuestos por el recurrente, con el objeto de atacar las consideraciones que sustentan la sentencia recurrida o para demostrar las circunstancias que revelan su ilegalidad. En ese tenor, la inoperancia de los agravios en la revisión se presenta ante la actualización de algún*

pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma. No. Registro: 196,477. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Abril de 1998. Tesis: VI.2o. J/129. Página: 599.

AGRAVIOS. LA FALTA DE TRANSCRIPCION DE LOS MISMOS EN LA SENTENCIA, NO CONSTITUYE VIOLACION DE GARANTIAS. *El hecho de que la sala responsable no haya transcrito los agravios que el quejoso hizo valer en apelación, ello no implica en manera alguna que tal circunstancia sea violatoria de garantías, ya que no existe disposición alguna en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que obligue a la sala a transcribir o sintetizar los agravios expuestos por la parte apelante, y el artículo 81 de éste solamente exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas, contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas en el juicio, condenando o absolviendo al demandado, así como decidiendo todos los puntos litigiosos sujetos a debate.* No. Registro: 214,290. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XII, Noviembre de 1993. Tesis. Página: 288.

AGRAVIOS, FALTA DE TRANSCRIPCION DE LOS, EN LA SENTENCIA. NO CAUSA PERJUICIO SI SE CONTESTAN. *El hecho de que en la resolución reclamada no se hayan transcrito los agravios que fueron materia de la misma, no le para ningún perjuicio al amparista ni lo deja en estado de indefensión, ya que en todo caso esa omisión no es trascendente en el sentido de fallo ni representó impedimento para que combatiera las consideraciones que sirvieron de sustento a la responsable para dictar su fallo.* No. Registro: 226,632. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Tesis. Página: 61

	impedimento técnico que imposibilite el examen del planteamiento efectuado que puede derivar de la falta de afectación directa al promovente de la parte considerativa que controvierte; de la omisión de la expresión de agravios referidos a la cuestión debatida; de su formulación material incorrecta, por incumplir las condiciones atinentes a su contenido, que puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la sentencia; b) al introducir pruebas o argumentos novedosos a la litis del juicio de amparo; y, c) en caso de reclamar infracción a las normas fundamentales del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al recurrente o su relevancia en el dictado de la sentencia; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida al órgano revisor el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza de la revisión y del órgano que emitió la sentencia o la existencia de jurisprudencia que resuelve el fondo del asunto planteado."
Reiterativo	En apoyo se cita la jurisprudencia por reiteración 2a./J. 109/2009 con número de registro 166,748, emitida en la novena época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Agosto de 2009, a página 77, bajo el rubro *"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE REITERAN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, ABUNDAN SOBRE ELLOS O LOS COMPLEMENTAN, SIN COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA. Conforme al artículo 88 de la Ley de Amparo, el recurrente debe expresar los agravios que le causa la sentencia impugnada, lo que se traduce en que tenga la carga, en los casos en que no deba suplirse la queja deficiente en términos del artículo 76 Bis de la ley de la materia, de controvertir los razonamientos jurídicos sustentados por el órgano jurisdiccional que conoció del amparo en primera instancia. Consecuentemente, **son inoperantes los agravios que** en el recurso de revisión **reiteran** los conceptos de violación formulados en la demanda, **abundan** sobre ellos o los complementan, **sin combatir las consideraciones de la sentencia recurrida**."*
Abunda en sus manifestaciones	Novena Época. Registro: 169974. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVII, Abril de 2008. Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 62/2008. Página: 376., bajo el rubro: *AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE REPRODUCEN, CASI LITERALMENTE, LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, SIN CONTROVERTIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA. Conforme al artículo 88 de la Ley de Amparo, en el recurso de revisión se expresarán los agravios que cause la resolución o sentencia impugnada, esto es, se cuestionarán las consideraciones jurídicas sustentadas en la determinación judicial que se estime contraria a los intereses del recurrente. En ese sentido, son inoperantes los agravios cuando sólo reproducen, casi literalmente, los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo y respecto de los cuales se hizo pronunciamiento en la sentencia recurrida, pues no controvierten los argumentos jurídicos sustentados por el órgano jurisdiccional, que posibiliten su análisis al tribunal revisor.*
Manifestaciones genéricas	Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Agosto de 2003, Tesis: I.11o.C.15 K, Página: 1671. DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. *AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. Si no se está en el caso de suplir la deficiencia de los agravios en términos del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo, no basta que el recurrente exprese sus agravios en forma genérica y abstracta, es decir, que se concrete a hacer simples aseveraciones*

	para que el Tribunal Colegiado emprenda el examen de la legalidad de la Resolución recurrida del Juez de Distrito a la luz de tales manifestaciones, sino que se requiere que el inconforme en tales argumentos exponga de manera razonada los motivos concretos en los cuales sustenta sus propias alegaciones, esto es, en los que explique el porqué de sus aseveraciones, pues de lo contrario los agravios resultarán inoperantes. En apoyo, se cita la jurisprudencia por reiteración 1a./J. 81/2002 con número de registro 185,425, emitida en la novena época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, Diciembre de 2002, a página 61, bajo el rubro *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello* ***de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento****, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el porqué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por este Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse."* No. Registro: 215,234, Tesis aislada, Materia(s): Común, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XII, Agosto de 1993, Tesis, Página: 327 *AGRAVIOS AMBIGUOS E IMPRECISOS. El agravio es infundado, si la quejosa se limita a afirmar en forma imprecisa que no se estudió debidamente un concepto de violación, pero sin precisar por qué razones concretas no fue debidamente estudiado; que no se valoraron debidamente las pruebas, pero sin concretar qué pruebas y por qué razones no se valoraron bien o qué hechos se debieron tener por acreditados con ellas, y que la conclusión obtenida por el juez a quo es errónea, pero sin más razonamientos al respecto. Tales agravios resultan infundados, pues el análisis de las cuestiones abstractamente planteadas obligaría al tribunal de revisión a hacer un análisis oficioso de todo el negocio.*
Novedoso	En apoyo se cita la jurisprudencia por reiteración 1a./J. 150/2005 con número de registro 176,604, emitida en la novena época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, Diciembre de 2005, a página 52, bajo el rubro: *"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN. En términos del artículo 88 de la Ley de Amparo, la parte a quien perjudica una sentencia tiene la carga procesal de demostrar su ilegalidad a través de los agravios correspondientes. En ese contexto, y* ***atento al principio de estricto derecho*** *previsto en el artículo 91, fracción I, de la ley mencionada,* ***resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en la demanda de garantías****, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas,* ***constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la sentencia recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido****, de ahí que no*

	exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la Resolución recurrida."
No ataca toda la resolución	Registro: 191572 .Tesis: I.6o.C. J/15. Jurisprudencia. Novena Época. Materia(s): Común. Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Julio de 2000. Página: 621, cuyo rubro es: *CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES, CUANDO NO ATACAN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA. Los conceptos de violación resultan inoperantes si los argumentos que aduce la quejosa no atacan las consideraciones de la sentencia impugnada.* Registro No. 171512. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Septiembre de 2007. Página: 2501. Tesis: XVII.1o.C.T.38 K. Tesis Aislada. Materia(s): Común. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO, cuyo rubro es: *CONCEPTO DE VIOLACIÓN DIRIGIDO CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE UN AGRAVIO. RESULTA INOPERANTE POR INSUFICIENTE SI NO ATACA TODAS LAS CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN ESA DETERMINACIÓN. Si la autoridad responsable se basó en varias consideraciones para desestimar un específico agravio que, por sí solas, cada una por separado sustentan el sentido de esa determinación, y el concepto de violación formulado sobre ese particular sólo controvierte una o algunas de esas consideraciones, sin desvirtuarlas todas, entonces se torna inoperante por insuficiente, pues aun fundado lo aducido no produciría beneficio conceder la protección constitucional por ese solo motivo, ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo esa desestimación.*
No justifican la transgresión	Registro: 191370, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Agosto de 2000, Materia(s): Común, Tesis: I.6o.C. J/21, Página: 1051. *CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO. Si en los conceptos de violación no se expresan los razonamientos lógicos y jurídicos que expliquen la afectación que le cause a la quejosa el pronunciamiento de la sentencia reclamada, los mismos resultan inoperantes, toda vez que todo motivo de inconformidad, no por rigorismo o formalismo, sino por exigencia indispensable, debe contener los argumentos necesarios, tendientes a justificar las transgresiones que se aleguen, de tal manera que si carecen de aquéllos, no resultan idóneos para ser analizados por el tribunal federal correspondiente, en el juicio de amparo.* Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Septiembre de 2001, Tesis: I.6o.C. J/29, Página: 1147. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO *CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA. No se puede considerar como concepto de violación y, por ende, resulta inoperante la simple aseveración del quejoso en la que afirma que no le fueron estudiados los agravios que hizo valer ante el tribunal de apelación, o que éste no hizo un análisis adecuado de los mismos, si no expresa razonamientos lógicos y jurídicos tendientes a demostrar que haya combatido debidamente las consideraciones de la sentencia recurrida y que no obstante esa situación, la responsable pasó por inadvertidos sus argumentos, toda vez que se*

debe señalar con precisión cuáles no fueron examinados, porque siendo el amparo en materia civil de estricto derecho, no se puede hacer un estudio general del acto reclamado.

Tercera.- En su **primer agravio** la recurrente manifiesta que la Resolución recurrida de dieciocho de diciembre de dos mil doce es contradictoria tanto con la ejecutoria dictada por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, en la cual se resolvió otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal a Cemex, como con la resolución de la Queja 39/2012-I, ya que los términos y consideraciones de ambas ejecutorias fueron claros respecto a la existencia de irregularidades en la conducta imputada, que son esencialmente de fondo relacionadas con la *litis* del procedimiento administrativo en materia de competencia y éstas debían resolverse en la Resolución recurrida. En particular, señala que:

1.1. La Comisión no cumplió con lo ordenado por el Tribunal Colegiado al resolver el recurso de queja, pues no realiza un análisis jurídico sobre la violación de fondo consistente en la aplicación retroactiva de la LFCE vigente con posterioridad a junio de dos mil seis y que constituyó una variación a la *litis* del procedimiento administrativo; tampoco procede a resolver sobre la violación en comento, sino que se limita a aclarar que la disposición citada de la nueva ley no aplica en la presente resolución ni se toma en cuenta para sancionar a Cemex.

1.2. Dice la CFC que la violación de fondo relativa a que el OPR se fundó en la legislación que no estaba vigente no afecta la esfera jurídica ni patrimonial de Cemex, ya que:

i) El OPR tiene carácter presuntivo y no puede causarle un agravio irreparable. Esto es absurdo ya que evidencia la abstención de la CFC para cumplimentar lo ordenado en la ejecutoria en el recurso de queja 39/2012-I, ya que parece que para la Comisión la única forma en que la violación de fondo agraviaría a Cemex es si la misma hubiera omitido dar contestación a los hechos imputados en el OPR.

ii) La violación de fondo no afecta a Cemex en razón de que los considerandos rigen a los resolutivos y sirven para interpretarlos. Este argumento no tiene ninguna aplicación en el caso concreto, ya que la fuente de la violación de fondo lo constituye la contradicción y discrepancia entre los propios considerandos del OPR y no como equivocadamente lo señala la Comisión.

iii) La CFC transcribe el extracto del acuerdo de inicio de la investigación para justificar que la violación de fondo no afectó las defensas de Cemex. El contenido del mismo es irrelevante para el efecto de determinar la violación de fondo, ya que la violación se contiene en el OPR, el cual es un acto autónomo y pertenece a una etapa distinta a la del acuerdo de inicio de investigación.

iv) La indebida fundamentación en la Undécima Consideración dentro del OPR no implica una aplicación retroactiva que le haya impedido defenderse en el procedimiento seguido en forma

de juicio ni transgrede o afecta los derechos sustantivos de Cemex, ya que tuvo oportunidad de defenderse. Con lo anterior la Comisión lo único que hace es reconocer la existencia de la violación de fondo pero omite por completo el estudio de los argumentos de defensa hechos valer por Cemex, ya que el que haya contestado el OPR subsana la violación de fondo relativa a la aplicación retroactiva de la Ley.

El primer argumento es **inoperante**, ya que esta CFC no puede auto-calificarse respecto del cumplimiento o no de una ejecutoria emitida por el PJF. Es decir, esta autoridad no puede resolver que cumplió o no cumplió con una ejecutoria del PJF, mediante el análisis de cada una de las razones que se expusieron en la resolución para abordar y dar respuesta al argumento plasmado en la contestación del OPR de Cemex respecto de la aplicación retroactiva de la LFCE. Además, la recurrente no es clara en señalar cómo es que lo que se resolvió no cumple con la ejecutoria del PJF, pues se limita a señalar que lo dicho no es correcto o no resulta aplicable. En este sentido, pretende combatir el cumplimiento mismo, lo cual resulta inoperante, pues, como ya se indicó, es el PJF quien tendría que resolver tal situación.

Además, la recurrente señala en el numeral (iv) de su argumento de manera por demás genérica que se omiten estudiar sus argumentos de defensa, sin señalar cuáles son esos argumentos que dice no se estudiaron, lo que hace que su argumento también sea **inoperante por manifestaciones genéricas** en ese sentido. No obstante, sus argumentos fueron debidamente abordados, basta con observar el numeral 11 de la Resolución recurrida, visible a páginas 263 a 272.

Al respecto, se señala que el primero de febrero de dos mil trece se emitió un auto dentro del juicio de amparo 585/2010 promovido por Cemex, mediante el cual el Juez Quinto de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León, declaró que:

> *"Por tanto, se tiene que se ha restituido a la quejosa en el goce de la garantía individual reclamada, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, pues la autoridad competente mencionada, realizó las obligaciones exigidas en el fallo protector.*
> *En tal virtud, se declara que la ejecutoria dictada en el presente juicio, ha quedado cumplida.*
> *No pasa desapercibido para este juzgador las manifestaciones vertidas por la parte quejosa en su escrito de cuenta, en las que manifiesta que la autoridad responsable no está cumpliendo con la ejecutoria dictada en autos ya que la responsable no realiza análisis jurídicos alguno sobre la violación de fondo, que en este caso es la aplicación retroactiva de la Ley Federal de Competencia Económica vigente con posterioridad a junio de dos mil seis, y tampoco resuelve sobre dicha violación.*
> *Sin embargo, de la resolución de dieciocho de diciembre de dos mil doce, emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, se advierte que la responsable dio cumplimiento a la ejecutoria dictada en autos, resolviendo lo relativo a la aplicación retroactiva de la Ley Federal de Competencia Económica (fojas 1459 a 1463)".*

De conformidad con lo anterior, se desprende que no existe ninguna contradicción entre la Resolución emitida por esta autoridad el dieciocho de diciembre de dos mil doce dentro del expediente DE-017-2006 y la ejecutoria de amparo en revisión 533/2011, así como con la resolución de la Queja 39/2012-I, más aún cuando el propio PJF ha declarado que esta autoridad cumplió con la ejecutoria dictada en el juicio de amparo principal 585/2010.

Más aun, Cemex ha pretendido infundadamente ante esta autoridad y ante el PJF que se cierre el expediente, planteando argumentos fuera de lugar y tiempo, pues insiste en que se revise la resolución ahora recurrida, cuando no es el acto por el cual se otorgó el amparo. El PJF otorgó el amparo para el efecto de que:

> *"(...) Bajo ese tenor, es que la resolución reclamada vulnera los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica de la quejosa, por lo que* ***procede conceder a Cemex México, S.A. de C.V. el amparo y la protección de la Justicia Federal*** *solicitados, a efecto de que la autoridad responsable deje insubsistente la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que ordena encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia dentro del procedimiento administrativo de ejecución DE-017-2006, de forma que vuelva al estado que se encontraba justo antes de la emisión de esa resolución, y por ende, dicte la resolución final a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis. (...)"*

En cumplimiento a lo anterior, se realizó lo siguiente:

1.- Se dejó sin efectos la resolución de veinticinco de enero de dos mil doce, en miras a dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo de veintitrés de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, a efecto de emitir una nueva que se ajuste tanto a los lineamientos señalados en la ejecutoria de queja, como a los de la ejecutoria de amparo antes señalada.

2.- Se dejó sin efectos la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que se ordena encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad, incluyendo el OPR emitido el mismo quince de julio de dos mil diez.

3.- Asimismo, toda vez que la ejecutoria del PJF ordenó se "*dicte la resolución final a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis.*" y que al hacer el estudio de los argumentos defensivos de Cemex respecto de la cita del artículo 10, fracción VI de la LFCE "*se partiera de que dichos argumentos son cuestiones de fondo y bajo esa premisa si asistía o no la razón a Cemex en ese tópico substancial de su defensa*", se procedió a emitir la resolución de dieciocho de diciembre de dos mil doce dentro del expediente DE-017-2006, la cual es motivo del presente recurso de reconsideración.

En la Resolución recurrida se estudió el argumento de Cemex, como lo ordenó la ejecutoria del PJF, pero ello de ninguna manera implica que tenía que dársele la razón, así como tampoco que se cerrara el expediente. Así pues se dio exacto cumplimiento a lo ordenado por el PJF.

Luego entonces, lo procedente es que se presentara el recurso de reconsideración en contra de la resolución nueva (la del dieciocho de diciembre de dos mil doce), como en la especie aconteció, pues es precisamente el que se está resolviendo mediante esta resolución, la que eventualmente pudiera ser revisada por el PJF y entonces si poder analizar y sentenciar si lo resuelto por esta autoridad se ajusta a la legalidad y a las garantías de Cemex.

Así pues, la insistencia de los argumentos de Cemex solo denotan que está tratando de evitar que exista un pronunciamiento firme respecto de su responsabilidad.

Cuarta.- En su **segundo agravio** la recurrente manifiesta que el OPR se encontró viciado y resultó ilegal y, en consecuencia, todos los actos derivados de él o que se apoyan en él o que de alguna forma estén condicionados por él, resultan también ilegales por su origen, debido a lo siguiente:

> 2.1. Al emitirse el OPR se infringió la garantía de irretroactividad contenida en el artículo 14 constitucional, pues aplicó retroactivamente el artículo 10, fracción VI, de la LFCE vigente a partir del veintiocho de junio de dos mil seis, ya que el extracto publicado en el DOF fue el día veintiséis de junio de dos mil seis, por lo que la única Ley aplicable a los hechos materia de la investigación era la vigente hasta el veintiocho de junio de dos mil seis y sustenta su argumento en tesis jurisprudenciales que apuntan la diferencia entre la retroactividad de la ley y la aplicación retroactiva. La recurrente insiste en que la especial gravedad de la aplicación retroactiva es que las hipótesis contenidas en el citado artículo antes y después de la reforma referida son completamente disímiles en cuanto a las conductas que sanciona como prácticas monopólicas relativas prohibidas. Lo anterior, toda vez que el texto anterior establecía como una práctica monopólica relativa la invitación a un agente económico para emprender acciones con la finalidad de presionar a "CLIENTES O PROVEEDORES"; la nueva legislación aplicada indebidamente por la responsable, cambia dicha acepción y en su lugar establece como una práctica monopólica los actos tendientes a presionar a un "AGENTE ECONÓMICO", conceptos completamente distintos, e incluso introduce un nuevo supuesto cuando se refiere que se consideraran igualmente prácticas monopólicas la invitación hecha a un agente económico para REHUSARSE A VENDER, COMERCIALIZAR O ADQUIRIR BIENES O SERVICIOS A DICHO AGENTE ECONÓMICO", por lo que la nueva legislación sanciona situaciones de hecho diferentes, lo que necesariamente se traduce en un perjuicio para la recurrente.
>
> Ello permite afirmar a Cemex la existencia de una incongruencia en el oficio, y que la Comisión debió resolver en la resolución que se impugna, y se ha ocasionado un estado de indefensión a la recurrente por violar sus garantías de audiencia, defensa, debido proceso y certidumbre jurídica, pues es claro que existió una inconsistencia en la conducta que se le imputó.

> Esta irregularidad, incongruencia y violación que fue expuesta en el escrito de contestación por Cemex no fue reparada por la Comisión a pesar de que en la ejecutoria A.R. 348/2009-I por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa resolvió decretar el sobreseimiento del amparo interpuesto contra el oficio de presunta responsabilidad del veintiséis de enero de dos mil nueve, ya que resulta insuficiente que en la resolución impugnada se diga que existe un vicio de forma derivado de un error de cita del artículo, más no así una supuesta aplicación retroactiva de la Ley como lo alegó Cemex, y pretende subsanar su incongruencia con tesis de Tribunales Federales respecto a que los considerandos rigen a los resolutivos y sirven para interpretarlos.

La primera parte del argumento de la recurrente es **inoperante por no controvertir la Resolución,** ya que pretende controvertir argumentos del OPR y el OPR mismo, y no así la Resolución recurrida. En este sentido, el recurso tiende a reconsiderar solo la resolución y no así el OPR; de ahí, que sus argumentos tendientes a controvertirlo, alegando la ilegalidad del oficio, sean inatendibles pues de ninguna forma puede haber un pronunciamiento respecto del OPR que no es el acto impugnado en este recurso. El OPR ha sido superado por la Resolución recurrida y, por ende, no puede la recurrente pretender agraviarse del OPR en esta etapa de impugnación, pues esa oportunidad la tuvo al contestar el OPR y en la Resolución recurrida se tomaron en cuenta sus argumentos. Por lo anterior, es imposible entrar al examen del planteamiento expuesto por Cemex en el agravio respectivo.

También es **inoperante por manifestaciones genéricas** en cuanto a que no menciona porqué es insuficiente el análisis que se hizo en la Resolución recurrida sobre la aplicación retroactiva alegada por Cemex; es decir, no controvierte la Resolución recurrida.

Es **infundado** que debido a la ejecutoria emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el expediente A.R. 348/2009-I haya resuelto que la irregularidad que pudiera tener el OPR podría ser reparada en la resolución definitiva, esta autoridad tuviera que darle la razón a la ahora recurrente en cuanto a que se le aplicó retroactivamente la LFCE publicada con posterioridad a la realización de la conducta, habida cuenta de que dicho Tribunal no se pronunció respecto del fondo sino simplemente sobre la oportunidad para impugnar el acto en esa vía, es decir, no sostuvo que hubo una aplicación retroactiva, sino que el acto alegado carecía de definitividad para ser impugnada a través del amparo, debido a que advertía que la irregularidad alegada podría ser reparada en la resolución definitiva.[5]

---

[5] En la página 51 de la sentencia se señala: "*En efecto el oficio de presunta responsabilidad da inicio al procedimiento administrativo en forma de juicio en materia de libre concurrencia,* (sic) *fijando la imputación al presunto comisor* (sic) *de la práctica monopólica o concentración, emplazándolo y fijándole un plazo para probar y defenderse.*
Tales consecuencias no trascienden, por sí, a los derechos sustantivos del gobernado, pues no existe derecho fundamental en relación con la no fijación de una presunta responsabilidad en materia de competencia económica,

Finalmente, es de señalarse que la recurrente plantea equivocadamente que "*resulta insuficiente que en la resolución impugnada se diga que existe un vicio de forma derivado de un error de cita del artículo*", pues en ninguna parte de la Resolución recurrida se dice que hubo un "error de cita del artículo" o que existía "un vicio de forma", como lo sostiene la recurrente y ante eso su argumento deviene en **inoperante** también, pues precisamente eso fue uno de los motivos por el cual se dio exacto cumplimiento a la ejecutoria del PJF; es decir, que no se sostuviera que fue un error de cita del artículo.

> 2.2. Continúa argumentando que las tesis no aplican a la incongruencia del OPR, reconocida en la Resolución recurrida, pues tal incongruencia se advierte en el considerando Undécimo que refiere a los razonamientos de la CFC en los que acredita el objeto de la práctica monopólica imputada. La CFC forzó su decisión alegando la existencia de una incongruencia entre un Considerando y los Resolutivos, y equiparó un apartado de conclusiones que obra dentro del cuerpo del considerando Undécimo a un resolutivo, lo que no es correcto y es infundado.
>
> El considerado Undécimo fue el que fijó el objeto de la práctica, y no solamente la fijó en un error en cita de la transcripción del artículo 10, fracción VI de la LFCE como lo sostiene la CFC, sino en un análisis de la conducta y de los hechos en función a un artículo reformado el veintiocho de junio de dos mil seis.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, pues únicamente afirma lisa y llanamente que la tesis no era aplicable y que el análisis de la Comisión sobre su aplicación al caso concreto no era correcto y que era infundado; sin embargo, no exponen las razones por las cuales estiman que no era aplicable la tesis ni tampoco por qué el análisis es equivocado. En ese sentido, esta autoridad no puede pronunciarse sobre el mérito de sus manifestaciones, al no existir argumentos que permitan su análisis y valoración.

Por su parte, la recurrente simplemente se limita a señalar que el considerando Undécimo fijó el objeto de la práctica tanto por su cita como por el análisis de la conducta, pero la recurrente pierde de vista lo que en la Resolución recurrida se dijo y que fue precisamente que el análisis de los hechos y de su actualización en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE se hizo principalmente en la consideración de derecho sexta del OPR y únicamente se analizó en la consideración undécima el objeto o efecto de dicha conducta (previamente analizada), que en este caso consiste en determinar si desplazaba indebidamente, impedía sustancialmente el acceso o creaba ventajas exclusivas, cuestión que es idéntica tanto en la hipótesis de la fracción conforme a la cual se realizó la investigación y se llevó a cabo el análisis en la consideración Sexta del

---

o con la sujeción a un procedimiento administrativo, sino que se trata de derechos adjetivos, relacionados con el correcto seguimiento del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio.
La cierto es que las irregularidades que pudiera contener dicho oficio de presunta responsabilidad podrían ser reparadas con el simple dictado de la resolución definitiva."

OPR, como en la que fue citada indebidamente en la consideración undécima del mismo; ya que el encabezado del artículo 10 de la LFCE es coincidente respecto del objeto.

Es decir, el análisis del objeto o efecto parte de la premisa de que se actualizó a nivel presuntivo alguna práctica de las contenidas en las fracciones del artículo 10, las cuales fueron analizadas, como se dijo en la Resolución recurrida, en las consideraciones segunda, sexta y séptima del OPR. Tal y como se observa del OPR, los hechos que fueron utilizados como premisa para determinar el objeto o efecto de la práctica fueron aquéllos analizados en la consideración sexta y no derivado de la cita del artículo plasmado incorrectamente como conclusión en la consideración undécima del OPR. Para dar prueba de lo anterior, se transcriben las partes pertinentes del OPR:[6]

> "(...) *Los elementos que se presentan a continuación tienen el carácter de indicios que, de manera conjunta y adminiculada, generan convicción sobre el objeto de la presunta práctica monopólica relativa realizada por CEMEX:*
>
> 1. ***CEMEX**, a través del Gerente Regional Golfo Norte, Ing. Israel González Cruz, **tuvo conocimiento del proyecto de las denunciantes**, sobre el propósito y punto de entrada al territorio nacional del buque-silo Mary Nour vigentes en fecha quince de diciembre de dos mil tres, cuando IRKON presentó el proyecto al Comité de Operación del Puerto de Tampico con el propósito de comercializar cemento al mayoreo en el territorio nacional.*[7]
> *Asimismo, se tienen elementos que acreditan que **CEMEX tuvo posesión y conoció el contenido del documento** presentado por la APITAM en la sesión del Comité Operaciones del quince de diciembre de dos mil tres, bajo el título **"PROYECTO DE OPERACIÓN DE UN SILO FLOTANTE EN EL RECINTO DEL MUELLE FISCAL (MUELLE 8) EN EL PUERTO DE TAMPICO"**[8], ya que fue presentada por este agente económico como una prueba documental privada en los dos escritos de demanda de juicio de garantías presentados los días cinco[9] y quince de julio[10] de dos mil cuatro ante C. Juez de Distrito en Turno del Décimo Circuito Judicial en la Ciudad de Tampico, Tamaulipas.[11] Si bien el documento denominado "PROYECTO DE OPERACIÓN DE UN SILO FLOTANTE EN EL RECINTO DEL MUELLE FISCAL (MUELLE 8) EN EL PUERTO DE TAMPICO" no se refiere de manera expresa a la embarcación por su nombre o denominación, sí presenta en su primera foja una fotografía donde se lee el nombre "Mary Nour" en el buque-silo que las denunciantes tenían proyectado realizar sus operaciones.*
> ***CEMEX tenía información de las autorizaciones y las personas facultadas para otorgarlas que resultaban necesarias para el ingreso del buque-silo Mary Nour en el Puerto de Tampico.** (...)*

---

[6] Véase páginas 280 a 283 del OPR.

[7] *De conformidad con el Acta de la Reunión del Comité de Operación del Puerto de Tampico, visible en fojas 120 a 126 del expediente.*

[8] *Fojas 113 a 119.*

[9] *Demanda de juicio de amparo visible en fojas 186 a 198. La referencia a la documental privada señalada se encuentra en foja 198.*

[10] *Demanda de juicio de amparo visible en fojas 229 a 242. La referencia a la documental privada señalada se encuentra en foja 242.*

[11] *Estos procesos judiciales se describen y analizan en las consideraciones de derecho Quinta y Sexta de este Oficio de Presunta Responsabilidad.*

De los elementos anteriores se desprende que CEMEX tuvo la información completa y oportuna para:

- *Conocer que, en el proyecto de entrada al mercado relevante de las denunciantes tenía como elemento necesario, obtener las autorizaciones de la APITAM y de la Capitanía de Puertos para acceder a la infraestructura portuaria necesaria para la viabilidad de su proyecto.*
- *Establecer de manera oportuna el contacto (i.e. previo al arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico) con la persona que, en fecha veinticinco de mayo de dos mil cuatro, ocupaba el puesto de Director General de la APITAM con facultad para decidir sobre la solicitud de las denunciantes de acceder a la infraestructura portuaria y fiscal en el Puerto de Tampico.*

2. *El veinticinco de mayo de dos mil cuatro, el entonces Director General de la APITAM, Rafael Meseguer Lima, sostuvo una reunión con representantes de Cemex en Monterrey, Nuevo León, relativa a un proyecto de inversión en el Puerto de Tampico. Con base en la relatoría de la reunión que ofrece el Director General de la APITAM,[12] se tiene conocimiento de que en el trascurso de esa reunión el entonces el vicepresidente de planeación estratégica de* ***CEMEX,*** *[redacted]* ***manifestó de manera expresa e insistente su intención de impedir y/o parar el proyecto de buque-silo Mary Nour*** *(...)*

   Adicionalmente, esta Comisión tiene conocimiento de diversas acciones realizadas por CEMEX anteriores y posteriores a la presunta práctica monopólica relativa de los que se desprenden indicios que su objeto consistió en obstaculizar, aumentar los costos y desincentivar la adquisición del cemento gris Portland en mercados extranjeros, el ingreso del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico y, en suma, impedir a las denunciantes el proyecto de importación del cemento gris Portland para su comercialización al mayoreo en el territorio nacional.
   Respecto de los hechos que se analizan a continuación, esta Comisión no tiene elementos que permitan sustentar que son constitutivos de presuntas violaciones a la LFCE, como se concluye en la Sexta consideración de derecho de este Oficio de Presunta Responsabilidad. Sin embargo, la apreciación conjunta de estos elementos aporta indicios sobre la voluntad de CEMEX respecto de la presunta práctica monopólica relativa que se le imputa.[13]"

*** Art. 31 bis LFCE**

---

[12] *Oficio número APIT-D.G. 0755/2004 fechado el veintiséis de mayo de dos mil cuatro, el Director General de la APITAM informó al entonces Coordinador General de Puertos y Marina Mercante de la SCT proporcionado por la APITAM en copia certificada a la Comisión, visible en fojas 9218 a 9221; y Acto de la Comparecencia realizada en fecha veinticuatro de diciembre de dos mil seis visible en fojas 7116 y 7117 del expediente.*

[13] *Resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial.*
No. Registro: 180,829. Tesis aislada. Materia(s): Civil, Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Agosto de 2004. Tesis: I.4o.C.69 C. Página: 1653. ***PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.*** ***La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan****; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un* ***dato objetivo*** *que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 964/2004. Constructora*

Además, la recurrente no logra explicar cómo el vicio de fondo identificado en el OPR trascendió al análisis de la Resolución recurrida. En otras palabras, no hubo una aplicación de la LFCE vigente a partir del veintinueve de junio de dos mil seis, pues ésta no tuvo ninguna consecuencia jurídica que trascendiera en la imposición de la sanción, pues en el OPR no se sanciona, sino hasta la resolución que pone fin al procedimiento seguido en forma de juicio, como en el caso en específico aconteció. Lo anterior se evidencia de los siguientes criterios jurisprudenciales:

> **LEYES. SU SOLA CITA NO CONSTITUYE UN ACTO DE APLICACIÓN.** Las normas jurídicas contenidas en leyes constituyen prescripciones que obligan, prohíben o permiten a las personas la realización de una conducta específica. Ello lo hacen al enlazar una consecuencia determinada, como efecto, a la realización de cierta conducta, como causa. Así, ante la actualización de la hipótesis o supuestos previstos en la ley, el orden jurídico prescribe la aplicación de las consecuencias previstas también en la misma. De esa manera, una ley sólo se puede considerar aplicada cuando el órgano estatal correspondiente ordena la realización de la consecuencia jurídica que se sigue del cumplimiento de sus condiciones de aplicación, por considerar, precisamente, que éstas fueron satisfechas. En consecuencia, la sola cita, en una resolución, de un artículo de una ley constituye un dato que, por sí solo, resulta insuficiente para acreditar tal cuestión, pues lo relevante para ello consiste en demostrar que, en el caso concreto, fueron aplicadas las consecuencias jurídicas que siguen a la configuración de la hipótesis normativa descrita en la ley.[14]
>
> **COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, POR REGLA GENERAL, NO ES UN ACTO QUE CAUSE UN AGRAVIO NO REPARABLE PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** El artículo 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que procederá el juicio de amparo en materia administrativa contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal; jurisprudencialmente se ha determinado que hay ejecución irreparable cuando se afecta un derecho sustantivo que no sea capaz de ser restituido al dictarse la resolución final, es decir, que se afecten derechos sustantivos del gobernado. Por otra parte, el oficio de presunta responsabilidad a que alude el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, por regla general, tiene como objeto iniciar la segunda fase o etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, señalando los hechos investigados previamente por la Comisión Federal de Competencia, los artículos que se estiman violados de la ley de la materia, así como el nombre y domicilio del presunto responsable. Ahora bien, la circunstancia de que la ley utilice el término "presunto responsable" es insuficiente para considerar que se afectan derechos sustantivos del interesado, pues tal presunción, como su nombre lo indica, únicamente refiere que existen elementos suficientes para estimar en un grado superior al indicio, pero menor a la certeza absoluta, que el responsable incurrió en las conductas que se le imputan, sin que tal declaración afecte su esfera patrimonial o sus derechos legalmente reconocidos, pues será hasta que se resuelva en definitiva el

---

Abourmrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López.

[14] H; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 81. **PRIMERA SALA.** Tesis de jurisprudencia 18/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiséis de septiembre de dos mil doce.

procedimiento de investigación cuando, en su caso, se imponga alguna de las sanciones contenidas en el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica. Finalmente, la afectación invocada por la agraviada se destruirá con el sólo hecho de que aquélla obtenga una resolución favorable a sus pretensiones en el procedimiento de investigación seguido ante la Comisión Federal de Competencia, sin dejar huella en su esfera jurídica.[15]

En conclusión, de la lectura integral del OPR es factible concluir que si bien se trató de un vicio de fondo, este no dejó en estado de indefensión al presunto responsable y que no pudiera ser reparable en la Resolución hoy recurrida.

Quinta.- En su **tercer agravio** la recurrente manifiesta que la Resolución recurrida es violatoria del principio de tipicidad en materia de sanciones y en consecuencia devienen en incorrectos los razonamientos expuestos por la Comisión a fojas 254, 255, 256, 257 y 258 de la Resolución recurrida.

3.1. La Suprema Corte ha señalado que el principio de tipicidad normalmente referido al ámbito penal, es aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. Lo anterior implica que la conducta a sancionar debe encuadrar "exactamente" en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón.

En la Resolución recurrida, cuarto párrafo de la página 30, al referirse al OPR señala que dicho oficio estableció "*que existen elementos para presumir la presunta responsabilidad de Cemex por la realización de prácticas monopólicas relativas previstas en la fracción VI del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, que se tradujeron en la invitación que hizo Cemex a la Administración Portuaria Integral de Tampico, con el propósito de disuadirla para que esta* (sic) *no realizara los actos necesarios a efecto de autorizar la entrada y operación del buque silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque silo Mary Nour en ese mismo Puerto.*"

Aquí puede apreciarse claramente que se viola el artículo 30 del RLFCE, en relación con el 32 y 33 de la LFCE, ya que la presunta responsabilidad debe quedar acreditada, y no "presumir la presunta responsabilidad".

Asimismo, la recurrente señala que con la referencia que se hace al OPR en el texto de la Resolución recurrida, en la página 93 dentro del punto "Noveno" numeral 1 segundo párrafo, se dice lo siguiente: "*Los hechos investigados consisten en la invitación que Cemex hizo a la APITAM para ejercer presión en contra de un cliente (las denunciantes) para disuadirlo de*

[15] No. Registro: 181,774. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.284 A Página: 1401. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

entrar, a través del Puerto de Tampico, al mercado relevante de la comercialización al mayoreo de cemento gris portland en el territorio nacional."

Señala que la CFC cambia la infracción, habla de presión en contra de un cliente (las denunciantes) para disuadirlo de entrar al mercado relevante"; en la referencia citada en la página 30 de la Resolución recurrida, ya no se habla de esa disuasión a las denunciantes, sino que a quien se pretendió disuadir fue a la APITAM.

La CFC a páginas 271 y 272 de la Resolución recurrida, acepta que existe ese error, pero que el OPR debe leerse en su conjunto ya que la consideración undécima es una conclusión y no puede leerse aislada de las otras consideraciones que abordan la práctica imputada, por tanto, dice la CFC, no cambia el fondo del asunto.

Esto es un absurdo, ya que si se analizan los hechos contenidos en la descripción que se hace en el OPR, resulta que ambas imputaciones se refieren a ellos, además por tratarse de una infracción administrativa es imprescindible que la Comisión tipifique adecuadamente la infracción y no mediante consideraciones particulares como lo hizo en la Resolución recurrida, violando el principio de seguridad jurídica.

Que en la consideración octava (páginas 328 y siguientes de la Resolución recurrida) la CFC señala: "*se acredita la práctica monopólica relativo prevista en el artículo 10, fracción VI de la LFCE, consistente en el acto realizado el 25 de Mayo de 2004 en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque silo Mary Nour al Puerto de Tampico; o bien actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque silo Mary Nour en ese mismo Puerto.*"

Que lo anterior viola la garantía de seguridad jurídica, tipicidad y legalidad en materia de sanciones, en relación con el artículo 33, fracción I, de la LFCE y 30 del RLFCE, en virtud de que en el OPR no se precisó con claridad cuál es la infracción que se imputa a Cemex como ya se explicó, la Comisión no puede tipificar los mismos hechos en dos formas y pretender aplicar la misma infracción en ambos casos.

El argumento es **inoperante por abundar en sus manifestaciones y no controvertir la Resolución recurrida**, ya que la recurrente pretende controvertir citas del OPR (las cuales se transcribieron en la consideración cuarta y en otras partes de la Resolución recurrida)[16] y el OPR mismo y no así la Resolución recurrida. En este sentido, el recurso tiende a reconsiderar sólo la resolución y no así el OPR; de ahí que sus argumentos tendientes a controvertir el OPR sean inatendibles, pues de ninguna forma puede haber un pronunciamiento respecto del OPR que no es el acto impugnado en este recurso. El OPR ha sido superado por la Resolución recurrida y por ende no puede la recurrente pretender agraviarse del OPR en esta etapa de impugnación.

[16] Visible a fojas 7 a 172 de la Resolución recurrida.

No obstante lo anterior, se señala que el OPR, como su propio nombre lo indica, es de presunta responsabilidad, lo que implica que en el OPR no se responsabiliza al agente económico en forma definitiva, habida cuenta de que con dicho OPR se emplaza al presunto responsable para que pueda oírsele en su defensa y ofrezca pruebas en contrario y será hasta que se resuelva en definitiva el procedimiento seguido en forma de juicio cuando, en su caso, se acredite la responsabilidad y se imponga alguna de las sanciones contenidas en el artículo 35 de la LFCE. Por tal motivo, no le asiste la razón a la recurrente cuando señala que en el OPR debe quedar acreditada la "presunta responsabilidad".

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio del PJF:

> **COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, POR REGLA GENERAL, NO ES UN ACTO QUE CAUSE UN AGRAVIO NO REPARABLE PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** El artículo 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que procederá el juicio de amparo en materia administrativa contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal; jurisprudencialmente se ha determinado que hay ejecución irreparable cuando se afecta un derecho sustantivo que no sea capaz de ser restituido al dictarse la resolución final, es decir, que se afecten derechos sustantivos del gobernado. Por otra parte, el oficio de presunta responsabilidad a que alude el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, por regla general, tiene como objeto iniciar la segunda fase o etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, señalando los hechos investigados previamente por la Comisión Federal de Competencia, los artículos que se estiman violados de la ley de la materia, así como el nombre y domicilio del presunto responsable. Ahora bien, la circunstancia de que la ley utilice el término "presunto responsable" es insuficiente para considerar que se afectan derechos sustantivos del interesado, pues tal presunción, como su nombre lo indica, únicamente refiere que existen elementos suficientes para estimar en un grado superior al indicio, pero menor a la certeza absoluta, que el responsable incurrió en las conductas que se le imputan, sin que tal declaración afecte su esfera patrimonial o sus derechos legalmente reconocidos, pues será hasta que se resuelva en definitiva el procedimiento de investigación cuando, en su caso, se imponga alguna de las sanciones contenidas en el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica. Finalmente, la afectación invocada por la agraviada se destruirá con el sólo hecho de que aquélla obtenga una resolución favorable a sus pretensiones en el procedimiento de investigación seguido ante la Comisión Federal de Competencia, sin dejar huella en su esfera jurídica.[17]

[17] No. Registro: 181,774. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.284 A Página: 1401. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

En ese orden de ideas, el punto medular y que tiene consecuencias jurídicas en los derechos sustantivos de Cemex no es el OPR sino la acreditación de la conducta imputada, lo que tuvo como efecto una sanción en la resolución recurrida y que está en la consideración octava que la misma recurrente refiere y que a la letra señala: "*la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VI de la LFCE, consistente en el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.*"[18]

3.2. Suponiendo que la infracción sea la que la CFC refiere en la consideración octava a páginas 328 y siguientes de la Resolución recurrida, tampoco encuadra en el tipo descrito en el artículo 10, fracción VI, de la LFCE, ya que hace consistir la infracción en un acto unilateral realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro, en el que Cemex invitó a la APITAM para disuadirla de autorizar la entrada del barco. La fracción VI del artículo 10 habla de "*concertación entre varios agentes económicos o invitación a estos (es decir a varios agentes económicos)*" y no de un solo agente económico; es decir, la conducta exige que se produzca una actuación entre varios agentes, por lo que la fracción VI no aplica a una conducta unilateral; adicionalmente y como la misma CFC lo reconoce en el texto de su resolución, la fracción VI en cita regula lo que comúnmente se llama "boicot colectivo"; éste implica la concertación entre agentes económicos competidores a efecto de presionar a clientes o proveedores de estos agentes a que realicen determinadas conductas o se abstengan de efectuarlas, con el propósito de desplazar, o impedir el acceso al mercado, a competidores. La fracción sexta exige la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, (la invitación a éstos son a los mismos agentes económicos); es decir, la descripción legal indefectiblemente obliga a que existan varios agentes económicos y contrario a lo que resolvió la CFC, en el caso que nos ocupa, sólo imputó el hecho a un agente económico, a CEMEX, por lo que no existe la adecuación de la conducta a la hipótesis legal.

Que los hechos que la CFC pretende tipificar como infracción no se expresan en forma clara, por un lado se habla de "no realizar los actos necesarios para autorizar la entrada y operación del buque silo" y por otro se dice "o bien actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque silo". Causa agravio que en un caso se habla de no realizar ciertos actos, que no se señalan, para autorizar la entrada y operación del barco, y por otro se habla de actuar para negar la entrada y atraque, aspectos estos diferentes de la operación a que se refiere el primer supuesto. Es importante enfatizar el principio de tipicidad, ya que la conducta a sancionar debe señalarse con precisión y ser idéntica a la establecida en la norma.

El argumento es **<u>inoperante por novedoso</u>**, ya que nuevamente la recurrente plantea cuestiones no alegadas en la contestación al OPR y, por ende, son cuestiones que no forman parte de la Resolución recurrida, es decir, la recurrente no está planteando o controvirtiendo la Resolución

[18] Véase página 328 de la Resolución recurrida.

recurrida, sino que pretende atacar la imputación por la que fue emplazado y que se encuentra contenida en el OPR.

No obstante lo anterior, se precisa que en la Resolución recurrida se especificó con claridad cuál era la responsabilidad imputada en el OPR. De hecho, la consideración Octava de la Resolución recurrida se ocupa de la ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA[19] y que, en específico, estableció que la imputación era la siguiente:

> "(…) *se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VI de la LFCE, consistente en el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.* (…)"[20]

Por su parte, el objeto de la práctica cometida por Cemex que se encuentra en la misma consideración de derecho Octava, en la que se precisan con exactitud todos aquellos actos llevados a cabo por Cemex la invitación a la APITAM para disuadirla para que no llevara a cabo los actos necesarios para autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico o para que la APITAM negara la autorización o entrada del señalado buque, están debidamente detallados de manera cronológica de las páginas 359 a 367 de la Resolución recurrida, de tal suerte que no resulta confusa la imputación de la práctica, pues sí se precisaron cuáles fueron los hechos que actualizaron la hipótesis de la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, esto es, la invitación a la APITAM para disuadirla para que no llevara a cabo los actos necesarios a fin de que se autorizara la entrada o para que le negara la entrada al buque-silo *Mary Nour*.

Por su parte, Cemex pretende sustraerse de su responsabilidad al señalar que sus conductas fueron desplegadas de manera unilateral y no así conjuntamente con otros agentes económicos y que por ello no se actualiza la hipótesis normativa de la fracción VI del artículo 10 de la LFCE; pues bien, en primer lugar, esas manifestaciones se toman como una confesión en términos de los artículos 199 y 200 del CFPC.

Dicho lo anterior, se señala que la fracción VI del artículo 10 de la LFCE aplicable al caso concreto a la letra disponía:

> "*VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado* (…)"

[19] Véanse páginas 328 a 346 y 359 a 367 de la Resolución recurrida.
[20] Véase página 328 de la Resolución recurrida.

Para efectos de una mejor exposición, se analizará cada uno de los elementos del tipo arriba transcrito.

- *Concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos*

Para poder imputar responsabilidad, la autoridad debe acreditar que se está en la hipótesis prevista por la norma, a saber: (i) que el sujeto es un agente económico; **y** que (ii) ha concertado con otro u otros agentes económicos **o** ha invitado a otro u otros agentes económicos.

En el caso en cuestión, no existe ninguna duda de que Cemex es un agente económico, pues además la recurrente no lo controvierte, por lo que se acredita una de las disyuntivas planteadas en el punto (ii) del párrafo anterior. Por su parte, se puede afirmar que la diferencia entre una concertación y una mera invitación estriba principalmente en que, para que exista la primera, debe haber aceptación por parte del segundo y/o posteriores agentes económicos, mientras que para que se acredite la segunda basta con que existan elementos de convicción de que hubo un sujeto activo de la conducta (el que invita, en este caso Cemex) y uno receptor (el invitado, que puede o no haber aceptado la invitación y que en el presente caso sería APITAM).

El hecho de que el supuesto normativo a la letra dice "invitación a éstos" no significa que la invitación tenga que hacerse a "varios" agentes económicos, sino que se haga a "agentes económicos", lo cual es congruente con una lectura sistemática y teleológica de la LFCE, lo que permite observar que el plural se refiere a que el boicot se trata de una conducta colectiva, que puede implicar la invitación de un agente económico a otro u otros para ejercer presión contra un cliente o proveedor en términos de la fracción VI del artículo 10 de tal ordenamiento.

Es importante destacar que la LFCE no establece que se tenga que acreditar que el invitante y el invitado deban ambos ser sujetos activos de la conducta, ni que la conducta haya resultado exitosa como resultado de la invitación.

Por otro lado, el OPR, en su momento, y la resolución recurrida posteriormente acreditaron debidamente que la APITAM es un agente económico, pues esta es un prestador de servicios y actúa como particular frente a sus clientes y potenciales clientes (p.e. Cemex y las denunciantes). En este sentido, resulta irrelevante, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, que la APITAM participe en el mismo mercado que Cemex y/o que el de las denunciantes, pues no existe requisito alguno en el tipo que se analiza que se refiera a que todos los agentes que participan en la conducta de forma activa o pasiva tengan que concurrir en el mercado relevante.

También queda suficientemente probado[21] que el veinticinco de mayo de dos mil cuatro Cemex le hizo la invitación a que se refiere el tipo arriba transcrito para que no realizara los actos necesarios para permitir el atraque del buque silo *Mary Nour* o para negarle el acceso al Puerto de Tampico.

- *Para ejercer presión contra algún cliente o proveedor*

En el OPR y en la Resolución recurrida se establece que las denunciantes eran clientes de la APITAM, pues en ambos casos se señaló, respectivamente, que:[22]

> "*Los hechos investigados consisten en la invitación que Cemex hizo a la APITAM para ejercer presión en contra de* ***un cliente (las denunciantes)*** *para disuadirlo de entrar, a través del puerto de Tampico, al mercado relevante de la comercialización al mayoreo de cemento gris Portland en el territorio nacional. A continuación se presentan las principales características de esta actividad.*"
>
> "*Además, la conducta desplegada por Cemex impidió que el Puerto de Tampico* ***adquiriera a un cliente potencial****, que le dejaría ingresos mayores a los que obtenía con sus clientes actuales, como se muestra en el siguiente cuadro expuesto en el OPR:*

Cuadro 6. *Principales usuarios en el puerto de Tampico, durante dos mil tres y dos mil cuatro*

Terminal	***Buques***		***Toneladas movilizadas***	
	2003	***2004***	***2003***	***2004***
PEMEX	[redacted]			
Terminales Públicas				
CEMEX				
Otras terminales privadas				
TOTAL REAL				
Buque-silo Mary Nour[1]				
TOTAL POTENCIAL				

[redacted]

> *Los beneficios que la APITAM obtendría de las operaciones del buque-silo Mary Nour habrían tenido una importancia relativa mayor que las operaciones de todos los demás usuarios que utilizan otras terminales privadas.*" [énfasis añadidos]

*** Art. 31 bis LFCE**

[21] Páginas 338 a 342 de la Resolución recurrida
[22] Véanse páginas 93 y 373 de la Resolución recurrida y página 175, primer párrafo del OPR.

Si bien en la Resolución recurrida se habla de un cliente potencial ello sigue siendo congruente con la conducta del boicot. Sería absurdo que no fuera punible la conducta consistente en ejercer el boicot para impedir sustancialmente a un agente económico el acceso a un mercado, sino sólo la que lo desplaza de aquél en el que ya participa como cliente o proveedor. Tan es así que el proemio del propio artículo 10 hace referencia a "impedirles sustancialmente su acceso" al mercado. En este sentido, la lectura correcta del proemio del artículo 10 a la luz de la fracción VI es que se impide la entrada a un cliente potencial y se desplaza a un cliente ya establecido.

- *Con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado*

Este elemento también se encuentra acreditado, pues las acciones que se sostiene en el OPR y luego en la Resolución (véase consideración Octava),[23] derivaron en que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto.

> **3.3.** Señala que en la parte final de la página 345 de su resolución, la CFC expresa que "*Los actos de la APITAM, a través del Director General en funciones durante la ocurrencia de los hechos investigados, no evidencian que haya actuado en el sentido de impedir u obstaculizar la entrada del buque silo Mary Nour al Puerto de Tampico y tampoco que haya tenido incentivos dominantes de hacerlo para favorecer a CEMEX. Los beneficios que la APITAM obtendría de las operaciones del buque silo Mary Nour habrían tenido una importancia relativa mayor que las operaciones de todos los demás usuarios que utilizan otras terminales privadas.*"
>
> El artículo 10 de la LFCE sanciona las prácticas (entre ellas la descrita en la fracción VI) cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, entre otros, impedir sustancialmente el acceso al mercado a otros agentes económicos; luego, si como se reconoce en la Resolución recurrida, no hay evidencia de que la APITAM haya actuado para impedir u obstaculizar la entrada del buque-silo *Mary Nour*, es claro que no se da el supuesto del artículo 10 citado ya que no existió un impedimento sustancial para acceder al mercado. El calificativo de "sustancial" que usa la LFCE no se da, incurriendo con ello la CFC en violación al principio de tipicidad.

Nuevamente su argumento es **<u>inoperante por novedoso</u>**, ya que la evidencia que Cemex refiere fue relatada y explicada desde el OPR, a páginas 112 a 114, y que a continuación se trascribe:

> *"(...) para efecto de determinar si existe una conducta de la APITAM que la hiciera partícipe de una supuesta estrategia para restringir la entrada del buque-silo al puerto de Altamira, resulta necesario analizar las acciones que haya realizado ésta, en el marco de todos los demás hechos investigados y, en*

[23] Véanse páginas 328 a 367 de la Resolución recurrida.

particular, respecto de los acontecimientos que sucedieron posteriormente a que se realizó la reunión entre el Director General de la APITAM y JTP, en mayo de dos mil cuatro. En este sentido, se hacen las siguientes consideraciones:

- *El veinticinco de mayo de dos mil cuatro, fecha en que se llevó a cabo la reunión entre el Director General de la APITAM y JTP, habían transcurrido prácticamente cinco meses desde que el proyecto del buque-silo Mary Nour había sido puesto a consideración del Comité de Operación del Puerto.*
- *El ocho de junio de dos mil cuatro, catorce días después a que se llevó a cabo la reunión citada, Cemex presentó ante la Capitanía del puerto de Tampico un recurso de inconformidad para objetar la supuesta autorización de asignación de posición de atraque en el muelle ocho, para el buque-silo Mary Nour.*

  La presentación de este recurso, como se indicó en el apartado anterior (análisis del hecho segundo), consistió en el ejercicio de Cemex de su derecho de promover un medio de inconformidad legal y de carácter administrativo, para efecto de oponerse ante la Capitanía de puerto de Tampico sobre la operación del buque-silo en el Puerto. En dicho recurso se indican de forma expresa los motivos de la inconformidad, que concretamente, se refieren a que el buque-silo obstruiría la operación portuaria en la zona río arriba del muelle ocho.
- *La acción legal ejercida por Cemex ante la Capitanía de puerto constituye una decisión unilateral de dicha empresa respecto al ejercicio de un derecho de inconformidad legalmente establecido en la legislación portuaria. Para el ejercicio de dicho derecho, no son requisito previo o elementos de consideración, las acciones que hubiere emprendido o dejado de hacer la APITAM respecto del proyecto del buque-silo. En consecuencia, no se observa una acción realizada por la APITAM en reacción a la reunión sostenida entre su director general y JTP, que hubieren otorgado una facilidad o dejado en mejores circunstancias de hecho la procedencia del recurso de inconformidad presentado por Cemex ante la Capitanía de puerto de Tampico. Lo que se acredita es que en la fecha en que se llevó a cabo la reunión referida, el veinticinco de mayo de dos mil cuatro, ya habían transcurrido prácticamente cinco meses desde que el proyecto fue presentado al Comité de Operación del puerto de Tampico, sin que a esa fecha se hubiere realizado el estudio técnico sobre la factibilidad de la operación del buque-silo, o la Capitanía de puerto y/o la APITAM tuviera informe definitivo sobre la fecha en que el Mary Nour fuera a llegar al puerto de Tampico. Por esta razón, la Capitanía de Puerto y la APITAM informaron en respuesta al recurso de inconformidad de Cemex, que al diecisiete de junio de dos mil cuatro no tenían conocimiento de una fecha de arribo del Mary Nour, por lo que no existía una asignación de posición de atraque para el mismo.*
- *Si bien por una parte se acredita que la APITAM fue omisa en la realización del análisis técnico de la operación presentada por las denunciantes, pudo haber creado ventajas a favor de las operaciones de Cemex y obstaculizado la entrada del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico al crearle incertidumbre sobre la viabilidad de sus operaciones en ese puerto. Por otra parte, se tienen elementos de que el Director General de la APITAM no incurrió en el acto de omisión de manera concertada con Cemex, porque: (i) el Director General de la APITAM no había realizado ninguna actuación en los cinco meses que transcurrieron desde la presentación del proyecto por parte de las denunciantes y antes de la reunión con JTP, empleado de Cemex; y (ii) se acredita que nunca el supuesto que habría obligado a la APITAM a responder la solicitud del buque-silo Mary Nour se actualizó hasta el quince de julio de dos mil cuatro, cuando ya había concluido el procedimiento administrativo por el que Cemex objetó la asignación de la posición de atraque que nunca tuvo lugar; y (iii) la imposibilidad de que el Mary-Nour atracara en el muelle ocho, para los efectos de constituir un buque-silo, se derivó de la orden judicial emitida en el marco de un juicio de garantías interpuesto por Cemex en contra de la respuesta dada por la Capitanía de*

> *puerto de Tampico al recurso de inconformidad multicitado, el cual se analiza en el numeral* ***Cuarto*** *de esta sección.*
> *En suma, no se tienen elementos que permitan sustentar que la APITAM haya actuado (por omisión) en forma coordinada con Cemex para impedir u obstaculizar la entrada del buque-silo Mary Nour."*

De lo anterior se observa que desde el OPR se señaló "*Los actos de la APITAM, a través del Director General en funciones durante la ocurrencia de los hechos investigados, no evidencian que haya actuado en el sentido de impedir u obstaculizar la entrada del buque silo Mary Nour al Puerto de Tampico y tampoco que haya tenido incentivos dominantes de hacerlo para favorecer a CEMEX. Los beneficios que la APITAM obtendría de las operaciones del buque silo Mary Nour habrían tenido una importancia relativa mayor que las operaciones de todos los demás usuarios que utilizan otras terminales privadas.*" En este sentido, la ahora recurrente tuvo la oportunidad para manifestarse al respecto en su contestación al OPR; sin embargo no lo hizo y al pretender ahora plantearlo, resulta inatendible por extemporáneo.

No obstante lo anterior, la recurrente deliberadamente omite observar en su contexto lo que realmente se señaló, pues de la lectura del argumento completo se observa que la CFC únicamente determinó que la APITAM era un agente económico a quien no podía imputarsele la comisión de alguna práctica monopólica relativa. En especial, porque la APITAM no realizó la conducta a la que le invitó Cemex y porque la conducta del Director General de la APITAM no reunió los supuestos para ser considerado un acto de omisión que implicara responsabilidad.

Por otro lado, Cemex confunde lo establecido en el proemio del artículo 10 de la LFCE, al pretender que sólo puede ser sancionada una conducta que produzca efectos de desplazar indebidamente, impedir sustancialmente el acceso o crear ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, cuando en realidad la LFCE establece dos supuestos que pueden darse de manera independiente: 1) que tenga ese objeto o 2) que tenga ese efecto.

Es decir, para que la práctica sea sancionable es suficiente con que la conducta haya procurado o buscado cualquiera de dichos objetos, sin que sea necesario que se materialicen esos efectos. Este supuesto se acreditó debidamente en la Resolución recurrida, al explicar que todas las acciones que desplegó Cemex tuvieron un único objetivo: impedir sustancialmente el acceso al mercado a las denunciantes.[24]

3.4. Para acreditar la conducta la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

[24] A página 367 de la Resolución recurrida se señaló: "*En este sentido, la Comisión tiene elementos para suponer que Cemex, a través de la CANACEM, generó una amenaza creíble para las denunciantes de actuar para impedir su ingreso al territorio nacional*"

1.- CEMEX tuvo conocimiento de que las denunciantes querían importar Cemento por el Puerto de Tampico y de los actos realizados por la APITAM relacionados con la solicitud de las denunciantes para atracar en ese puerto un buque-silo.

En el supuesto sin conceder de que el hecho señalado en el párrafo que antecede sea cierto, mismo que naturalmente no se acepta, la simple circunstancia de que haya tenido conocimiento de que las denunciantes querían importar cemento por el puerto de Tampico y de los actos realizados por la APITAM relacionados con la solicitud de las denunciantes para atracar en ese puerto un buque-silo, de ninguna manera se puede sustentar que ese simple hecho encuadre en la conducta descriptiva señalada en la fracción sexta del artículo 10 de la LFCE, en virtud de que el tener conocimiento de "algo" no implica la materialización de una conducta.

Respecto a los actos realizados por la APITAM, la propia CFC resolvió que la conducta de la APITAM no configura una práctica monopólica; es decir, no imputó hecho alguno a la APITAM, luego, no opera la condición legal establecida en la fracción VI consistente en la concertación de varios agentes económicos o la invitación a éstos.

Para comprobar lo anterior, la recurrente se remite a la foja número 175 de la Resolución recurrida, en la cual ni en el OPR se le señaló como presunta responsable de alguna conducta violatoria de la ley. Que la CFC nunca acreditó que la APITAM sea un agente económico, sino sólo consideró que la APITAM es una empresa de participación estatal mayoritaria que guarda un vínculo con el Estado.

Los anteriores argumentos resultan ser **inoperantes por novedosos y por reiterativos.**

Son novedosos en tanto que al momento de contestar el OPR, Cemex jamás adujo que el conocimiento del arribo de buque-silo "*Mary Nour*" era insuficiente para acreditar la comisión de la práctica, sino que es ahora en el recurso de reconsideración que pretende atacar las pruebas y argumentos por los que se le emplazó a juicio, siendo que la oportunidad que tenía para hacerlo ya precluyó.

En cuanto a que no se imputó hecho alguno a la APITAM y que por ello no opera la condición legal establecida en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, resulta igualmente **inoperante por novedoso**, pues como se dijo en el numeral 3.2 de la presente resolución, dichas manifestaciones no fueron planteadas en el momento procesal oportuno, es decir, al momento de dar contestación al OPR, pues la actualización de los hechos al supuesto previsto en la LFCE se planteó desde el OPR.

Por otro lado, son reiterativos de su contestación al OPR, en particular el argumento marcado con el numeral 4 de dicho escrito de contestación, y que fue analizado en la Resolución a páginas 173 a 176, (Sexta Consideración) sin que se advierta que Cemex controvierta lo ahí resuelto. Para

mayor claridad se trascribe a continuación los razonamientos plasmados en la Resolución recurrida:

> *"**1.- Con relación a la consideración de derecho tercera del OPR**, la emplazada señala en su argumento **(4.)** que la APITAM es una empresa de participación estatal mayoritaria del Gobierno Federal, cuyo Consejo de Administración es presidido por el Coordinador General de Puertos y Marina Mercante de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por lo que forma parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y, por tanto, las facultades que establece la Ley de Puertos son ejercidos con carácter de autoridad.*
>
> *La CFC consideró que la APITAM se encuentra relacionada con los hechos investigados bajo el carácter de agente económico. Lo anterior es contradictorio con las constancias del expediente y la naturaleza de la conducta desplegada por la APITAM en el marco de los hechos materia del procedimiento, en los cuales resulta evidente que actuó en su carácter de autoridad y no de agente económico.*
>
> *El argumento es **infundado**, ya que el OPR es claro en señalar qué carácter tiene la APITAM dentro de la investigación. En efecto, en la consideración Tercera del OPR se señaló, en lo conducente:*[25]
>
> *"(...) **3. Otras entidades relacionadas con los hechos investigados***
>
> *(...)*
>
> ***APITAM.** Sociedad constituida de conformidad con las leyes mexicanas el catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, mediante escritura número treinta mil noventa y nueve, pasada ante la fe del Licenciado Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, notario público número ciento cincuenta y tres del Distrito Federal.*[26]
> *Dicha sociedad tiene como objeto social la administración portuaria integral de Tampico, derivado de la concesión del Gobierno Federal, otorgada el treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro, a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (en adelante "SCT"); para el uso y explotación de los bienes del dominio público, la construcción de obras e instalaciones portuarias así como la prestación de los servicios portuarios en el citado puerto, entre otros.*
> *En términos de la fracción VIII del artículo 40 de la Ley de Puertos y de su título de concesión, la APITAM es la encargada de la planeación, programación y desarrollo del puerto. Dicha entidad establece en un Programa Maestro de Desarrollo lo necesario para una eficiente explotación del espacio portuario. El Programa Maestro de Desarrollo autorizado por la Dirección General de Puertos durante diciembre de dos mil tres a abril de dos mil cinco era el "Programa Maestro de Desarrollo 2000-2005".*
> *En términos de la fracción VII del artículo 40 de la Ley de Puertos y las Reglas de Operación del puerto de Tampico vigentes en dos mil cuatro,*[27] *corresponde a la APITAM entre otras funciones asignar las posiciones de atraque de las embarcaciones, en los siguientes términos:*
> *"Ley de Puertos*
> *Artículo 40.- Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:*
> *(...)*
> *VII. Formular las reglas de operación del puerto, que incluirán, entre otros, los horarios del puerto, los requisitos que deban cumplir los prestadores de servicios portuarios y, previa opinión del comité de operación, someterlas a la autorización de la Secretaría;*
> *VIII. Asignar las posiciones de atraque en los términos de las reglas de operación;*
> *(...)."*
>
> *"Reglas de Operación del Puerto de Tampico*
> *(...)*
> *IX. Operar los servicios de vigilancia, así como el control de los accesos y tránsito*
> *"CAPITULO VIII*

---

[25] *Páginas 24 a 26 del OPR.*
[26] *Fojas 2789 a 2823 del expediente.*
[27] *Las disposiciones que se citan se mantienen en los mismos términos en las Reglas de Operación vigentes en el dos mil ocho.*

ARRIBO Y DESPACHO DE EMBARCACIONES
Regla 58.- Solicitud al buque
De acuerdo al código PBIP[28] el Capitán, el Oficial de Protección del Buque, o el representante del buque deberá proporcionar a la Autoridad Marítima y Portuaria y a la Administración Portuaria el Aviso Previo al Arribo del buque (Advance Notice of Arrival) antes de su llegada a puerto, considerando la siguiente información:
(...)
Documentos que se deben presentar con la información antes citada:
(...)
5. Requisitar y enviar con 48 hrs. de anticipación al arribo programado del buque, el Formato Advance Notice of Arrival (ANA) (salvo los casos previstos en estas Reglas de Operación del Puerto), a los e- mail designados por la Autoridad Marítima y Portuaria y por esta Administración."

REGLA 67.- Aviso de Arribo
Los armadores, navieros, operadores de buques o sus representantes autorizados en el puerto, de acuerdo a los artículos 45[29] y 46[30] de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y el 66 del Reglamento,[31] darán aviso por escrito a la Capitanía y a la Administración, de la llegada de la embarcación, en los términos siguientes:
I. Para el caso de arribadas forzosas o imprevistas, en cuanto se conozcan tales circunstancias.
II. Para el caso de travesías menores de 24 horas, con 12 horas de anticipación como mínimo; y
III. Para los demás casos, con 48 horas de anticipación."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión] (...)"

De lo anterior se observa que la investigación no se inició involucrando a la APITAM como empresa denunciada, sino como otra entidad relacionada con los hechos investigados y más aún en el OPR no se le señala como presunta responsable de alguna conducta violatoria de la LFCE, por lo que es claro que no existe ninguna contradicción como la que refiere Cemex.

No obstante lo anterior, resulta equivocado señalar que si una empresa forma parte de la Administración Pública Federal significa que, por ese simple hecho, deba considerarse como autoridad, ya que su constitución y sus actuaciones se rigen por las leyes mercantiles bajo las cuales fueron creadas.

---

[28] *Corresponde al acrónimo en inglés para denominar The Code for the protection of Ships and the Harbor Facilities cuyo nombre en castellano es Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias.*

[29] *El artículo 45 de la Ley referida define cuándo ocurre el arribo de una embarcación en los siguientes términos: "Se considera arribada, la llegada de una embarcación al puerto o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:*
I. Prevista: la consignada en el despacho de salida del puerto de procedencia;
II. Imprevista: la que ocurra en lugares distintos al previsto en el despacho de salida, por causa justificada debidamente comprobada; y
III. Forzosa: la que se efectúe por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor en lugares distintos al previsto en el despacho de salida.
Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas forzosas e imprevistas de las embarcaciones."

[30] *El artículo 46 de la Ley referida prevé que es facultad de la Capitanía del Puerto verificar que la autorización o rechazo del arribo de una embarcación al puerto cumpla con la normatividad aplicable en los siguientes términos: "Salvo en el caso de las arribadas forzosas, en la autorización o rechazo de arribo a puerto de embarcaciones, la autoridad marítima requerirá la documentación que establezca el reglamento respectivo, sin que los requisitos en él señalados sean superiores a los que dispongan los Tratados Internacionales. El reglamento correspondiente establecerá un régimen simplificado para las embarcaciones menores.*
La autoridad marítima, en su ámbito de competencia, estará obligada a verificar que en la autorización de arribo a puerto de embarcaciones se respeten las normas aplicables en materia de seguridad en la navegación y la vida humana en el mar, prevención de la contaminación marina, así como las demás que establezcan los Tratados Internacionales."

[31] *El artículo 66 del Reglamento de la Ley Referida establece que el facultad de la autoridad marítima, la Capitanía del Puerto, autorizar el arribo de las embarcaciones al puerto y requerir información sobre el arribo en los siguientes términos: "Para autorizar el arribo de embarcaciones mayores a puerto, la autoridad marítima exigirá: (...)."*

Esto es, las empresas públicas, como en el caso resultan ser las empresas de participación estatal mayoritaria, no ejercen atribuciones de autoridad, ya que únicamente guardan un vínculo con el Estado.

Sirve de apoyo también a lo anterior el siguiente criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS. NO DEBEN CONFUNDIRSE CON LAS PERSONAS ESTATALES. *Si se toma en consideración que las finalidades de los organismos públicos descentralizados previstas en el artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, al estar referidas a la realización de una actividad prioritaria o estratégica, a la prestación de un servicio público o social y/o a la obtención o aplicación de recursos públicos para fines de asistencia o seguridad sociales, convierten a dichos organismos en ejecutores de objetivos que deben reputarse como fines propios del Estado o como fines públicos, resulta válido calificarlos como "personas jurídicas públicas", concepción que no debe confundirse con el de* ***"personas estatales" que es el carácter con el cual se puede identificar a otras entidades integrantes de la administración pública federal paraestatal, tales como empresas de participación estatal****, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y fianzas, y fideicomisos públicos, pues mientras* ***estas empresas simplemente guardan un vínculo con el Estado****, aquellos organismos, además, comparten las facultades y las funciones de éste y, especialmente, los fines de interés general. Además, esta diferencia finalista del órgano, de suyo, es* ***razón suficiente para justificar por qué unas pueden ser dotadas de atribuciones de autoridad, y las otras no.***[32]

De igual forma fortalece lo expresado por esta autoridad la siguiente tesis:

ADMINISTRACION PÚBLICA PARAESTATAL. SUS INSTITUCIONES NO FORMAN PARTE DE LA FEDERACION, UNICAMENTE SON AUXILIARES, QUE ACTUAN PARALELAMENTE A ESTA. *Las entidades de la administración pública paraestatal pueden concebirse como instituciones auxiliares de la administración pública centralizada, que actúan paralelamente a ésta, en los términos de los artículos 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 1o. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, con diversos objetivos necesarios o importantes para la satisfacción de necesidades colectivas, sin que pueda afirmarse que dichas instituciones sean órganos del Poder Ejecutivo Federal o partes integrantes de la Federación; contribuye a esta interpretación el análisis de la Ley General de Bienes Nacionales, en la que los bienes que integran el patrimonio de las empresas de participación estatal mayoritaria no son considerados como componentes del patrimonio nacional, ni como bienes del dominio privado de la Federación; lo que resultaría totalmente ilógico si dichas empresas formaran parte integrante del Ejecutivo Federal o de la Federación.*[33]

Sin demérito de lo anterior, en el caso particular lo único relevante es el carácter de la APITAM como proveedor de un servicio que le presta a CEMEX y a los demás usuarios del puerto (como en ese caso lo eran potencialmente los denunciantes), pues como se señaló anteriormente, no se le imputó ninguna conducta contraria a la LFCE en este expediente."

Además, la recurrente pretende ver los hechos de manera aislada, a pesar de que la imputación no está referida a ese solo hecho sino a todos y cada uno de los hechos descritos en la consideración Sexta del OPR y Octava de la Resolución recurrida, los cuales de manera adminiculada y

---

[32] *Novena Época. Registro: 187744. Instancia: Segunda Sala. Tesis: 2a. CCXXVI/2001. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XV, Febrero de 2002. Materia(s): Administrativa. Página: 72. Nota: Este texto sustituye al de la tesis número CCXXVI/2001 aprobada en la sesión privada del treinta de noviembre del año dos mil uno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 373.*

[33] *Octava Época. Registro: 800515. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: I. 4o. A. 282 A. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo : VII, Enero de 1991. Materia(s): Administrativa. Página: 109.*

concatenada dan cuenta de que efectivamente Cemex impidió la entrada de un nuevo competidor al mercado relevante y con ello dañó el proceso de competencia y libre concurrencia.

3.5. Para acreditar la conducta la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

2.- Había una abierta oposición de Cemex al proyecto del Mary Nour.

2.1 A que adquirieran cemento en el extranjero.

Aún en el caso sin conceder, que no se acepta, que Cemex haya realizado actos tendientes a oponerse al proyecto *Mary Nour* y que se adquiriera cemento en el extranjero, mediante una debida crítica legal no es factible admitir que laudos dictados en el extranjero, que obran en copia simple, que no fueron apostillados, ni validados por las autoridades Mexicanas constituyan sustento para acreditar una oposición de mi mandante en el extranjero; esto sin olvidar los efectos extraterritoriales de una sentencia dictada en el extranjero con efectos en México. Y lo más absurdo es que no se puede otorgar valor respecto a laudos en los que la hoy imputada Cemex no haya sido parte en los procedimientos que originaron dichos laudos.

El argumento es **inoperante por reiterativo**, ya que la recurrente planteó este mismo argumento en su contestación al OPR y en la Resolución recurrida se dio debida respuesta señalando lo siguiente:[34]

*"(...) **3.7** Cemex manifiesta que con relación al arbitraje y dos apelaciones tramitados en Inglaterra, que son falsos todos los señalamientos, toda vez que ni Cemex México, ni filial alguna fueron parte de dichos procedimientos, por tanto, lo ahí indicado no tiene efectos sobre ellas. Asimismo argumenta que:*
***A)** Es falso que Cemex México haya tenido intervención en los hechos materia de la apelación y el arbitraje que ahí se detallan.*
***B)** La valoración es incorrecta pues:*

- *Los procedimientos que se intentaron valorar se refieren a un arbitraje privado de carácter comercial entre CTI Group y Transclear S.A. para buscar el pago de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.*
- *La primera y segunda apelaciones tienen por objeto anular, modificar o confirmar el laudo arbitral respectivo.*
- *No se acreditó si el procedimiento ya concluyó o puede existir otro recurso legal.*
- *Ni Cemex México, ni alguna filial fueron parte en el procedimiento.*

Al respecto Cemex señala que de conformidad con el artículo 596 del CFPC, las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República.
En virtud de lo anterior, los anteriores documentos no tienen eficacia ni se encuentran reconocidos dentro de la República, por tanto no pueden usarse en el presente procedimiento. Además no existe

[34] Véanse páginas 204 a 206 de la Resolución recurrida.

prueba indiciaria, ya que debe tener sustento en hechos acreditados, y los indicios que refiere no están probados (el fax fue objetado y los laudos arbitrales y sus apelaciones no pueden ser valoradas ni con carácter indiciario).

*Son **infundados** los argumentos, ya que a fojas 83 a 85 del OPR no señala que Cemex haya participado en los arbitrajes y apelaciones, simplemente, de conformidad con el CFPC se menciona que tales laudos son indicios de que existió un interés de Cemex para presionar a los vendedores en Indonesia y Taiwán.*
Por otro lado, debe hacerse notar que el artículo que cita no existe, pues el CFPC sólo consta de 577 artículos. No obstante y atendiendo al texto que transcribe, se observa que Cemex se refiere al artículo 569. Sobre el particular, se le informa que la parte aplicable del artículo 569 que permite que esta autoridad considere auténticos dichos documentos, corresponde a su segundo párrafo que dice: "Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen requisitos necesarios para ser considerados como auténticos"
De dicho texto se desprende que en materia de pruebas, la ley no especifica a qué tipo de laudos se refiere - si comerciales o no-, por lo que debe aplicarse el principio general de derecho que establece que donde la ley no especifica el juez no tiene por qué distinguir.
Por el contrario, en materia de ejecución de las sentencias a la que se refiere el primer párrafo del artículo 569, cuyo texto cita Cemex en su contestación al OPR a foja 23, efectivamente hace esa distinción y se corrobora con lo establecido por los artículos 570 y 571 del mismo ordenamiento legal. Luego entonces, si en el presente caso lo que se pretende es utilizarlo como prueba y no ejecutarla en territorio nacional, es evidente que cualquier laudo debe ser considerado auténtico si cumple con las formalidades requeridas, lo cual sí se acredita. En efecto, en la página 83 del OPR se señaló:
"(...) La autenticidad de los documentos presentados por los denunciantes está acreditada, puesto que los documentos consisten en certificaciones hechas por notarios públicos de Londres, quienes manifiestan que las firmas estampadas en los documentos originales que les fueron presentados son auténticas, así como con la apostilla que se acompaña a dichos documentos. Al respecto, el artículo 1 de la Convención de la Haya sobre la Apostilla, denominada "XII CONVENCION PARA SUPRIMIR LA LEGALIZACION DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS EXTRANJEROS", establece lo siguiente:
"Art. 1.- La presente Convención se aplicará a los documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de uno de los Estados contratantes y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante.
Para fines de la presente Convención, los siguientes serán considerados documentos públicos:

a) Documentos que emanan de una autoridad o funcionario y relacionados con las cortes o tribunales del Estado, incluyendo aquellos que emanan del Ministerio Público, de un Secretario o de un Agente Judicial;" (...)"

De lo anterior se obtiene que dichos laudos son auténticos y pueden funcionar como prueba en el presente procedimiento, pues reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como tales.

Además simplemente se citó el artículo 202 del CFPC, para determinar la naturaleza de los documentos, ya que su valoración es materia de la presente resolución y no del OPR.
En virtud de lo anterior, resulta apegado a la legislación aplicable que los laudos sean considerados como indicios consistentes en las acciones que realizó Cemex para "presionar a proveedores de cemento en Indonesia y Taiwán"; es decir, únicamente como prueba o indicio y no para ejecutarla, que no es el caso que nos ocupa. En este sentido, los laudos arbitrales sí son susceptibles de valorarse como prueba, contrario a lo que sostiene la emplazada en su último argumento, con independencia de

que haya objetado el fax, ya que los elementos de convicción deben adminicularse para conocer la verdad de los hechos presentados en el presente expediente. (...)"

De lo anterior se obtiene que los laudos arbitrales no son copias simples, como lo sostiene la recurrente, están debidamente autentificados y apostillados y pueden servir como prueba. Dicho lo anterior, se insiste que el argumento es **inoperante**, ya que además no controvierte la Resolución recurrida en la parte en la que ya se dio respuesta a su argumento y que ha quedado transcrita.

3.6. Para acreditar la conducta la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

2.2 A que obtuvieran su registro en el padrón de importadores del sector específico del cemento.

La CFC sólo aduce que no puede descartarse la presunción de que CEMEX tuviera conocimiento de la solicitud de opinión de la AGA respecto a la petición de CDM para inscripción de registro de importadores y, en consecuencia, que hubiera podido ejercer su influencia al interior de la CANACEM para efecto de que la opinión sobre la inscripción de la CDM fuera negativa.

Resulta arbitrario que la CFC diga "no puede descartarse la presunción" y con esto exprese que se acredita que hubiera podido ejercer influencia al interior de la CANACEM. Esto no constituye una conducta para acreditar una práctica monopólica, pues como lo sostuvo la propia CFC, la AGA no es un agente económico sujeto a la LFCE, luego, mi mandante no pudo haber concertado o haber invitado a la AGA, pues esta no es un agente económico.
Por otro lado, respecto a la CANACEM, dice a foja 198 de la resolución impugnada, corroborando el argumento del OPR, que la Comisión tiene elementos para suponer que Cemex, a través de la CANACEM, generó una amenaza creíble para los denunciantes de actuar para impedir su ingreso al territorio nacional, por lo que al sostener dicho argumento (la CFC) de ninguna manera se puede aducir que la conducta se ubique en la hipótesis descrita en la fracción VI del artículo 10, o si esto hubiera sido de esta forma a la CANACEM se le hubiera imputado una conducta monopólica, que en el caso no acontece.

En la especie, en autos obra constancia que todos los fabricantes de cemento y la propia Cámara indicaron que las opiniones del ejecutivo de cuenta (que emitió la opinión) son autónomas respecto de los miembros afiliados a la Cámara y por otra parte, todas las empresas consultadas coincidieron en la dificultad y poca viabilidad de utilizar un buque-silo como almacén, consecuentemente, no existe ningún indicio de que la opinión de la CANACEM haya estado influida por Cemex y por el contrario, existe la prueba plena, consistente en la manifestación por escrito y bajo protesta de Apasco, Lafarge, Cruz Azul, Moctezuma, CYCNA y GCC, en la cual coinciden por separado con lo manifestado por la CANACEM, con lo cual queda plenamente acreditado que la Cámara actuó con independencia de sus miembros y bajo estrictos criterios y razonamientos técnicos para emitir su opinión respecto a la solicitud de inscripción en el padrón de importadores por parte de CDM.

El argumento es **infundado**, ya que la recurrente cuenta con veintiuno de treinta y cinco votos en la CANACEM; esto es, sesenta por ciento de los votos en su órgano de gobierno,[35] y es por esa razón que se sostiene que no puede descartarse la presunción de que dicha empresa tuviera conocimiento de la solicitud de opinión de la AGA respecto a la petición de CDM para inscripción en el registro de importadores y, en consecuencia, que hubiera podido ejercer su influencia al interior de la CANACEM, para efecto de que la opinión sobre la inscripción de CDM fuera negativa.

Ahora bien, esta circunstancia y estos hechos, aunados a todos los demás hechos y actos realizados por Cemex acreditan la práctica monopólica. Esto es, la Comisión determinó que fue el cúmulo de actos y hechos descritos en la consideración Octava de la Resolución recurrida lo que llevó a la convicción de que Cemex quiso y buscó como consecuencia impedirles el acceso a las denunciantes, por ello resulta infundado que la recurrente pretenda sostener que este solo acto no acredita la conducta.

Respecto a que la AGA no es agente económico, resulta **inoperante por no combatir la Resolución recurrida**, ya que su calidad de autoridad no está a discusión en dicha Resolución, como tampoco se señaló que la conducta imputada haya sido que Cemex hubiera concertado o invitado a la AGA, sino que dichos hechos se señalaron para acreditar la actitud reiterada de Cemex en impedir, a través de los medios a su alcance, el acceso de un competidor al mercado relevante. Tampoco se señaló que la CANACEM haya cometido conducta alguna, ni con base en lo señalado en la página 198 que transcribe es que se acreditó la conducta, pese que ahí se indica que tanto Cemex como la CANACEM promovieron actos para impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* y es por ello que se afirma que crearon una amenaza creíble para las denunciantes.
La conducta se acreditó, se insiste, por el cúmulo de hechos y actos descritos en la consideración Octava y no sólo por este acto aislado.

Finalmente, el último argumento resulta **inoperante por abundar en sus manifestaciones** ya que en su contestación al OPR Cemex alegó lo siguiente:

> *"Que resulta contrario a las reglas de las presuncionales que la CFC haya dicho que Cemex influyó en la recomendación de la CANACEM, toda vez que a todos los que se les requirió información señalaron que esas decisiones eran tomadas de forma autónoma por el ejecutivo de cuenta.*
> *Manifiesta Cemex que lo señalado a foja 54 "(...) Cemex cuenta con el 60% de los votos del órgano de gobierno de la CANACEM, por tanto no puede descartarse la presunción que Cemex haya tenido influencia sobre la opinión que le solicitó la AGA a CANACEM para otorgarle a la denunciante su inscripción al padrón. (...)" y lo señalado a foja 55 "(...) De las constancias del expediente 765/2004 se observa que la CANACEM tenía por propósito manifiesto oponerse a la solicitud de CDM, lo cual se vuelve una posición concurrente con los intereses de CEMEX. (...)", del OPR contravienen la conclusión*

[35] Información proporcionada por la CANACEM en respuesta al requerimiento de información DGI-10-096-2006-147. Foja 3191 del expediente.

a la que llegó la CFC en la foja 161: "No se tienen elementos que desvirtúen los dichos de los miembros de la CANACEM en el sentido de que los mismos no participaron ni intervinieron de forma alguna en la emisión de dicha opinión, bajo indicaciones específicas que hubieran realizado a dicho Ejecutivo de cuenta."[36]

Sobre este particular, en la Resolución recurrida se señaló:[37]

"Respecto del argumento de que la CFC manifestó que Cemex influyo en la CANACEM también es ***infundado****, ya que la CFC no señaló que Cemex influyó en la recomendación, únicamente mencionó que habían indicios de que Cemex podía influir en la decisión de la CANACEM. Dado el número de votos con los que cuentan las demás cementeras resulta lógico que contestaran que no tienen influencia en las decisiones de dicho organismo (la que le sigue a Cemex tiene 17% de los votos, mientras que Cemex cuenta con el 60% de éstos). En este sentido la presunción que se señaló en el OPR, fue que únicamente Cemex es quien puede tener influencia en la decisión de la CANACEM, más no los demás miembros. En efecto, en el OPR se señaló lo siguiente:*[38]

"(...) 1.4. EVALUACIÓN DEL PRIMER HECHO.- Aún cuando la CANACEM haya emitido una opinión en sentido negativo sobre la solicitud de inscripción al Padrón Sectorial presentada por CDM, es la AGA quien en ejercicio de las facultades que le otorgan diversas disposiciones legales, toma la decisión final sobre a quién se le otorga el registro al Padrón Sectorial. Además de que la opinión de la CANACEM no es jurídicamente vinculante a la AGA, existen casos que ejemplifican el hecho de que dicha opinión tampoco es determinante o invariablemente seguida en la decisión que adopta la AGA.

La posición relativa de Cemex en la distribución de votos de la CANACEM es un indicio de que los intereses de ese miembro pudieron ser del conocimiento de la cámara. A mayor abundamiento, dado que CEMEX cuenta con veintiuno de treinta y cinco votos, esto es, sesenta por ciento de los votos en su órgano de gobierno[39], no puede descartarse la presunción de que dicha empresa tuviera conocimiento de la solicitud de opinión de la AGA respecto a la petición de CDM para inscripción en el registro de importadores y, en consecuencia, que hubiera podido ejercer su influencia al interior de la CANACEM, para efecto de que la opinión sobre la inscripción de CDM fuera negativa.

Cabe precisar que CDM no obtuvo su inscripción en el Padrón Sectorial como resultado de un acto de autoridad que la AGA ejerce con base en las facultades que le otorgan la legislación aduanera y de comercio exterior, mismo que no es posible considerar como una práctica monopólica, ya que la AGA no es un agente económico sujeto a la LFCE, ya que su actuación se da en el marco de sus propias facultades de autoridad[40].

---

[36] Página 191 de la Resolución recurrida.
[37] Véase páginas 195 y 196 de la Resolución recurrida.
[38] *Véase páginas 59 a 61 del OPR.*
[39] *Información proporcionada por la CANACEM en respuesta al requerimiento de información DGI-10-096-2006-147. Foja 3191 del expediente.*
[40] *Existe jurisprudencia de la SCJN en el sentido de que para afectos de la LFCE, no son agentes económicos las entidades de la administración pública municipal, cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad.*
Registro No. 182044, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Página: 997, Tesis: P./J. 18/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional: ***AGENTES ECONÓMICOS. PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO LO SON LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO ACTÚAN EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES PROPIAS DE AUTORIDAD****. De la interpretación sistemática y armónica del artículo 3o., en relación con los artículos 1o., 2o., 23 y 24, todos de la Ley Federal de Competencia Económica, así como con los artículos 28, 40, 41, 90, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que para que las entidades de la administración pública federal, estatal o municipal se consideren "agentes económicos" es necesario que participen directamente en la actividad económica, esto es, realicen actividades estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo, pero no cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad, puesto que, bajo ninguna circunstancia, esta actuación puede estar regulada o restringida por la ley citada, y menos aún que sea un organismo administrativo desconcentrado de la administración pública federal el encargado de dirigir, supervisar y, en su caso, castigar esa actividad pública, ya que de ser así*

*No obstante lo anterior, se observa que CEMEX **pudo haber utilizado su influencia** en el órgano de gobierno de la CANACEM, para efecto de influir en la opinión que ésta emitió a la AGA para recomendar la no inscripción de CDM en el registro de importadores. **Los hechos que se relacionan en los subsiguientes numerales, son circunstancias que explican y hacen coherente esta presunción.** (...)" [énfasis añadido]*

Dicha presunción se sostiene, pese a que se haya manifestado por las otras empresas miembro que la decisión de la CANACEM es autónoma y tomada por el ejecutivo de cuenta, ya que, como se ha venido señalando, Cemex tiene el sesenta por ciento de los votos en dicha Cámara y puede válidamente tener una influencia en el ejecutivo de cuenta, que es quién finalmente emite la recomendación a la AGA.

*Por otra parte es **inoperante** el argumento de la emplazada en el sentido de que existe una contravención o incongruencia en el OPR, ya que en una parte se dice que Cemex influyó y en otra parte se dice que no se tienen elementos, para lo cual transcribe parcialmente el OPR en su foja 161. A continuación se hace una transcripción de lo dicho en el OPR de manera completa y no parcial, como lo hace la emplazada respecto de esta situación, con lo cual se acredita que lo señalado era respecto de la posible comisión de prácticas absolutas y no así de la práctica relativa, que finalmente fue la que se le imputó a Cemex de manera presuntiva en el OPR."*

Ninguno de estos argumentos es combatido por Cemex y, por tanto, se mantienen intocados para regir el sentido de la Resolución recurrida.

Todos los hechos narrados en la consideración octava dan cuenta de que Cemex de forma sistemática influyó de diversas formas para impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour*, por eso se puede afirmar que en virtud de todos los hechos y de que Cemex cuenta con la mayoría de los votos en la CANACEM (60%), sí hubo una influencia.

3.7. Para acreditar la conducta, la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

2.3 A que ingresara y atracara en el puerto de Tampico.

---

*rompería con el sistema federal mexicano. **Controversia constitucional 11/2001**. Estado de Campeche. 20 de enero de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Víctor Miguel Bravo Melgoza. Registro No. 182044, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Página: 997, Tesis: P./J. 18/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional: AGENTES ECONÓMICOS. PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO LO SON LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO ACTÚAN EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES PROPIAS DE AUTORIDAD. De la interpretación sistemática y armónica del artículo 3o., en relación con los artículos 1o., 2o., 23 y 24, todos de la Ley Federal de Competencia Económica, así como con los artículos 28, 40, 41, 90, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que para que las entidades de la administración pública federal, estatal o municipal se consideren "agentes económicos" es necesario que participen directamente en la actividad económica, esto es, realicen actividades estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo, pero no cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad, puesto que, bajo ninguna circunstancia, esta actuación puede estar regulada o restringida por la ley citada, y menos aún que sea un organismo administrativo desconcentrado de la administración pública federal el encargado de dirigir, supervisar y, en su caso, castigar esa actividad pública, ya que de ser así rompería con el sistema federal mexicano. Controversia constitucional 11/2001. Estado de Campeche. 20 de enero de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Víctor Miguel Bravo Melgoza. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy ocho de marzo en curso, aprobó, con el número 18/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a ocho de marzo de dos mil cuatro."*

Respecto a este hecho, dice la CFC que Cemex impidió que los denunciantes ingresaran y atracaran en el puerto de Tampico, tomando como base la evidente voluntad de utilizar estrategias legales con el propósito expreso de que el juez dictara medidas legales provisionales o definitivas que tuvieran como efecto impedir la entrada del *Mary Nour* al puerto de Tampico.

Este argumento expuesto por la CFC a foja 336 de la Resolución recurrida no encuadra con la hipótesis descrita en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, en virtud de que en esta fracción no se establece que constituirá una práctica monopólica relativa el supuesto que corresponda a las acciones legales cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado e impedirle sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, por lo que al no encuadrar una conducta que refiera a la acción legal en la *hipótesis* prevista en la fracción en comento, no existe la tipicidad de la práctica monopólica.

Los anteriores argumentos resultan ser **inoperantes por novedosos** en tanto que, al momento de contestar el OPR, Cemex jamás adujo que las conductas analizadas e imputadas en el OPR no encuadraban en la hipótesis legal por la cual fue emplazado a un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, sino que es ahora en el recurso de reconsideración que pretende atacar las pruebas y argumentos por los que se le llamó a juicio, siendo que la oportunidad que tenía para hacerlo ya precluyó.

Además, tal y como se citó en la página que refiere de la Resolución recurrida, esos hechos sirvieron para que esta autoridad llegara a la convicción de que *"[c]on todos estos actos realizados por Cemex en el extranjero, conjuntamente con los actos realizados en territorio nacional se acredita que Cemex trató de frustrar el proyecto del Mary Nour desde la compra del cemento hasta el arribo del buque-silo en México."*[41] Es decir, ponen de manifiesto la intención de Cemex de impedir el acceso del denunciante al mercado relevante.

3.8. Para acreditar la conducta la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

3.- Cemex hizo una invitación a la APITAM con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary-Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.

Este apartado que señala la Comisión a foja 337 de la Resolución recurrida no encuadra en la conducta establecida en dicha fracción VI, ya que la CFC no acredita la adecuación de la conducta a la descripción legal, pues para la materialización de la conducta es necesaria la existencia de tres entidades, siendo las siguientes:

[41] Página 337 de la Resolución recurrida.

i) Concertación o invitación entre varios agentes, esta fracción refiere la existencia mínima de dos agentes económicos , y

ii) Otra entidad, que es algún cliente o proveedor

Para acreditar los supuestos se necesita que se conjuguen dos agentes económicos y un cliente o proveedor, empero, la CFC dice que la práctica monopólica se consumó porque "Cemex hizo una invitación a la APITAM con el propósito de disuadirla"; sin embargo, se equivoca porque la exigencia que describe la disposición legal es que tenga como fin el propósito de disuadir no a la APITAM sino al cliente o proveedor, que en el caso esa figura de cliente o proveedor le correspondería a los denunciantes, (en autos no se encuentra acreditado que los denunciantes hayan sido clientes o proveedores de mi mandante).

Y aún en el caso no aceptado que haya invitado a la APITAM, resulta contrario a derecho afirmar que se actualizó la práctica, ya que la APITAM que fue supuestamente invitada por Cemex no es un agente económico en términos del artículo 3° de la LFCE y, por tanto, no se actualiza la hipótesis normativa de mérito.

Lo anterior se robustece con el hecho de que la comercialización del acceso a la infraestructura del Puerto de Tampico NO FORMA PARTE DE LAS ATRIBUCIONES DE LA APITAM, sino que ello corresponde a la Capitanía de Puerto conforme lo establece el artículo 17 de la Ley de Puertos en su fracción I.

En pocas palabras, para tipificar la conducta es necesaria la existencia de tres entidades y la CFC arriba a su conclusión de imputar una conducta en base a la imputación de hechos de un solo agente económico acusado, que en este caso es mi mandante.

El argumento es **inoperante por novedoso**, ya que tal argumento no fue planteado en la contestación al OPR y, por ende, la Resolución recurrida no se ocupó de tal argumento. En este sentido, al no contemplarse tal situación en la Resolución recurrida resulta inatendible su argumento, ya que pretende controvertir algo no señalado en dicha Resolución. Esto es así, pues Cemex conocía los hechos que se le imputaban desde que fue emplazada al procedimiento seguido en forma de juicio, ya que éstos se plantearon en la Consideración Sexta y Séptima del OPR, visible a páginas 51 y siguientes y 153 y siguientes de dicho oficio, por lo que el momento procesal para combatirlos era su contestación al OPR y, al no haberlo hecho, los presentes argumentos resultan inatendibles por extemporáneos.

No obstante lo anterior, resulta falso que la conducta por la cual fue sancionado Cemex no encuadre en la hipótesis prevista en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE y para tal efecto se remite a las respuesta del numeral 3.1 anterior de esta resolución en donde se da respuesta a este planteamiento.

Por otro lado, se señala que no debía acreditarse, como erróneamente supone Cemex, que los denunciantes eran clientes o proveedores de Cemex, sino que en la Resolución recurrida quedó acreditado que el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto. Las denunciantes que pretendían introducir el buque silo resultaban ser competidores de Cemex, de ahí el interés de Cemex de que se les impidiera el acceso.

Además, el responsable de la conducta, en el caso que nos ocupa, es el que invita, pues funge como autor intelectual de la conducta y no los demás agentes económicos que son receptores ante tal hecho.

Por su parte, es igualmente equivocado que no haya quedado actualizada la fracción en comento puesto que a quien se debía disuadir es a la APITAM y no a las denunciantes.

Tal y como se advierte de los hechos analizados, tanto en el OPR como en la Resolución recurrida, la intención de que la APITAM no llevara a cabo los actos necesarios a efecto de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuara en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto, buscaba impedir el proyecto de negocios de las denunciantes, mediante la operación del buque-silo *Mary Nour* en ese puerto. De hecho, las acciones desplegadas por Cemex en su conjunto lograron ese objetivo, puesto que al final de cuentas las denunciantes se vieron en la necesidad de vender el cargamento de cemento que se encontraba a bordo del buque-silo en el extranjero y no en México,[42] como inicialmente lo tenían previsto.

En ese sentido, la invitación de Cemex a APITAM de no realizar actos para autorizar la entrada o el negar la entrada, tenía como finalidad el que funcionara como medio de presión para que las denunciantes no ingresaran a territorio nacional, e impedir con ello que implementaran su modelo de negocios.

Por cuanto hace a que la APITAM no es un agente económico, resulta **inoperante por reiterativo**, tal y como ya se había expuesto y demostrado en el numeral 3.4 de la presente resolución, por lo que se remite al mismo a fin de evitar repeticiones innecesarias.

En ese orden de ideas, al ser la APITAM un prestador de servicios y por el cual celebra contratos, como en la especie las denunciantes iban a firmar con la APITAM para poder acceder al Puerto

[42] Véase página 14 de la Resolución recurrida en dónde se transcribe el OPR. Asimismo, véanse páginas 29 y 30 del OPR.

de Tampico, y a través del cual la APITAM obtiene utilidades como una empresa al igual que otras, resulta incorrecto que las recurrentes señalen que la APITAM no es un agente económico.

Por otro lado, y en cuanto a que el acceso al puerto de Tampico no formaba parte de las atribuciones de la APITAM, es igualmente **inoperante por reiterativo**, puesto que Cemex ya había alegado esta defensa en su contestación al OPR y no ataca los razonamientos vertidos en la Resolución recurrida para desestimarlo.

En efecto, en la Resolución recurrida se señaló:[43]

> *"Ahora bien, con relación a que la autoridad que cuenta con facultades para autorizar el arribo o entrada de los buques al puerto, es de la Capitanía del Puerto de Tampico, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Puertos y que en cambio la operación portuaria sí corresponde a la APITAM, que comprende la designación del muelle, debe señalarse que precisamente en el OPR se señaló lo siguiente:*[44]
>
> *"(...) En términos de la fracción VII del artículo 40 de la Ley de Puertos y las Reglas de Operación del puerto de Tampico vigentes en dos mil cuatro,*[45] *corresponde a la APITAM entre otras funciones asignar las posiciones de atraque de las embarcaciones, en los siguientes términos:*
> *"Ley de Puertos*
> *Artículo 40.- Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:*
> *(...)*
> *VII. Formular las reglas de operación del puerto, que incluirán, entre otros, los horarios del puerto, los requisitos que deban cumplir los prestadores de servicios portuarios y, previa opinión del comité de operación, someterlas a la autorización de la Secretaría;*
> *VIII. Asignar las posiciones de atraque en los términos de las reglas de operación;*
> *(...)."*
>
> *"Reglas de Operación del Puerto de Tampico*
> *(...)*
> *IX. Operar los servicios de vigilancia, así como el control de los accesos y tránsito*
> *"CAPITULO VIII*
> *ARRIBO Y DESPACHO DE EMBARCACIONES*
> *Regla 58.- Solicitud al buque*
> *De acuerdo al código PBIP*[46] *el Capitán, el Oficial de Protección del Buque, o el representante del buque deberá proporcionar a la Autoridad Marítima y Portuaria y a la Administración Portuaria el Aviso Previo al Arribo del buque (Advance Notice of Arrival) antes de su llegada a puerto, considerando la siguiente información:*
> *(...)*
> *Documentos que se deben presentar con la información antes citada:*
> *(...)*
> *5. Requisitar y enviar con 48 hrs. de anticipación al arribo programado del buque, el Formato Advance Notice of Arrival (ANA) (salvo los casos previstos en estas Reglas de Operación del Puerto), a los e- mail designados por la Autoridad Marítima y Portuaria y por esta Administración."*
>
> *REGLA 67.- Aviso de Arribo*

---

[43] Véase páginas 193 y 194 de la Resolución recurrida.
[44] *Páginas 25 y 26 del OPR.*
[45] *Las disposiciones que se citan se mantienen en los mismos términos en las Reglas de Operación vigentes en el dos mil ocho.*
[46] *Corresponde al acrónimo en inglés para denominar The Code for the protection of Ships and the Harbor Facilities cuyo nombre en castellano es Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias.*

Los armadores, navieros, operadores de buques o sus representantes autorizados en el puerto, de acuerdo a los artículos 45[47] y 46[48] de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y el 66 del Reglamento,[49] darán aviso por escrito a la Capitanía y a la Administración, de la llegada de la embarcación, en los términos siguientes:
I. Para el caso de arribadas forzosas o imprevistas, en cuanto se conozcan tales circunstancias.
II. Para el caso de travesías menores de 24 horas, con 12 horas de anticipación como mínimo; y
III. Para los demás casos, con 48 horas de anticipación."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión]

*De lo anterior se observa claramente que la APITAM, conjuntamente con la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos para permitir el arribo y desembarque de buques, por lo que su argumento resulta igualmente **infundado**."*

3.9 Para acreditar la conducta la CFC efectuó un análisis en diferentes apartados, siendo los siguientes:

4.- La reacción de la APITAM ante la invitación de Cemex.

En la Resolución recurrida se afirma que:

-Al no existir dictamen sobre los aspectos técnicos de la operación del *Mary Nour* la Comisión carece de elementos para pronunciarse sobre su viabilidad;
-Que el director de la APITAM no emitió respuesta a la solicitud de los denunciantes sobre la determinación de factibilidad de su proyecto y, por ello, los denunciantes no tuvieron certidumbre necesaria para ingresar al puerto de Tampico;
-Que el director general de la APITAM no incurrió en el acto de la omisión de manera concertada con CEMEX;
-Los actos de la APITAM no evidencian que haya actuado en el sentido de impedir u obstaculizar la entrada del buque al puerto de Tampico y que tampoco haya tenido incentivos dominantes de hacerlo para favorecer a CEMEX, (página 342 de la resolución impugnada).

---

[47] *El artículo 45 de la Ley referida define cuándo ocurre el arribo de una embarcación en los siguientes términos: "Se considera arribada, la llegada de una embarcación al puerto o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:*
I. Prevista: la consignada en el despacho de salida del puerto de procedencia;
II. Imprevista: la que ocurra en lugares distintos al previsto en el despacho de salida, por causa justificada debidamente comprobada; y
III. Forzosa: la que se efectúe por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor en lugares distintos al previsto en el despacho de salida.
Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas forzosas e imprevistas de las embarcaciones."

[48] *El artículo 46 de la Ley referida prevé que es facultad de la Capitanía del Puerto verificar que la autorización o rechazo del arribo de una embarcación al puerto cumpla con la normatividad aplicable en los siguientes términos: "Salvo en el caso de las arribadas forzosas, en la autorización o rechazo de arribo a puerto de embarcaciones, la autoridad marítima requerirá la documentación que establezca el reglamento respectivo, sin que los requisitos en él señalados sean superiores a los que dispongan los Tratados Internacionales. El reglamento correspondiente establecerá un régimen simplificado para las embarcaciones menores.*
La autoridad marítima, en su ámbito de competencia, estará obligada a verificar que en la autorización de arribo a puerto de embarcaciones se respeten las normas aplicables en materia de seguridad en la navegación y la vida humana en el mar, prevención de la contaminación marina, así como las demás que establezcan los Tratados Internacionales."

[49] *El artículo 66 del Reglamento de la Ley Referida establece que el facultad de la autoridad marítima, la Capitanía del Puerto, autorizar el arribo de las embarcaciones al puerto y requerir información sobre el arribo en los siguientes términos: "Para autorizar el arribo de embarcaciones mayores a puerto, la autoridad marítima exigirá: (...)."*

> En el caso sin conceder, de que Cemex hubiera invitado a la APITAM, no consiguió ningún objetivo, es decir, no logró la materialización de una conducta, ni su consecuencia, pues como lo reconoce la propia CFC, no existe ninguna evidencia de que la APITAM haya impedido u obstaculizado la entrada del buque al puerto de Tampico y tampoco se acredita que la APITAM tuvo incentivo dominante para favorecer a Cemex.

El argumento es **infundado**, ya que en la Resolución recurrida en efecto se sostuvo que la APITAM no llevó a cabo ninguna conducta y, por ello, resulta irrelevante si existe evidencia o no de que la APITAM haya impedido la entrada del buque o que haya tenido el incentivo para favorecer a Cemex. Al respecto debe señalarse que las prácticas monopólicas relativas se sancionan ya sea por su objeto, por su efecto o por ambas circunstancias y en el caso en específico se sancionó por el objeto; es decir, la intención de Cemex de obstaculizar e impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico.

En efecto, en la Resolución recurrida se señaló:[50]

> "(...) *Al respecto, la apreciación conjunta de diversos elementos de prueba valorados previamente, conjuntamente con los elementos que a continuación se señalan aportan indicios suficientes para poder determinar que existió la voluntad de Cemex para cometer la práctica monopólica relativa que se le imputa.*[51] (...)"
>
> "(...) ***9.3 Indicios de intencionalidad***
> *La intencionalidad de la conducta es manifiesta y abierta, tal y como se expuso previamente en la sección de acreditación de la práctica, en particular al momento de desarrollar el objeto de la práctica monopólica imputada, que tuvo por objeto impedir la entrada del buque-silo Mary Nour, mediante presión a diversos agentes económicos y la interposición de los diversos recursos legales mencionados. Si bien, por sí solos, estos recursos constituyen el ejercicio legítimo de un derecho de defensa, al estar adminiculados con el resto de los elementos que obran en el expediente, se hace evidente que Cemex buscó que se mantuvieran las condiciones en las que se desenvolvía el mercado, entre ellas, la conservación del poder de mercado que detentaba durante el periodo investigado.*

---

[50] Véanse páginas 359 y 376 de la Resolución recurrida.

[51] *Resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial.*
No. Registro: 180,829. Tesis aislada. Materia(s): Civil, Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Agosto de 2004. Tesis: I.4o.C.69 C. Página: 1653. ***PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.*** ***La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan****; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un* ***dato objetivo*** *que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 964/2004. Constructora Abourmrad Amadio Berho, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López.*

Aunado a lo anterior, se acreditó la participación de un ejecutivo de alto nivel, de lo que se concluye una clara intención dolosa por parte de Cemex. (...)"

De lo anterior se observa claramente que la imputación de la práctica fue por el objeto de la conducta; es decir por la intención y voluntad de Cemex de cometer la conducta y no por si causó algún efecto o no en la APITAM. Así las cosas, se insiste en la irrelevancia de si existe o no evidencia de que la APITAM haya impedido la entrada del buque o que haya tenido el incentivo para favorecer a Cemex.

No obstante lo anterior, se señala que en la Resolución recurrida se expusieron los elementos recabados durante la investigación, en particular obra en el expediente la comparecencia de Rafael Messeguer Lima y el oficio número APIT-D.G0755/2004, en los que se señaló que:

"Director General de la APITAM, en dicha reunión JTP le manifestó que "2. Reconoce que ni la administración del Puerto, ni la Coordinación de Puertos pueden impedir que el buque en cuestión arribe y lleve adelante su operación. Sin embargo, insinúa que le gustaría que le apoyamos [sic] en forma segada [sic] a impedir esta operación. (...) 3. Señaló insistentemente en que están promoviendo una serie de actividades para favorecer el movimiento de cabotaje en apoyo del puerto de Tampico y que estarían dispuestos a seguir haciéndolo con el propósito de hacernos ver la enorme importancia que puede tener su disposición para defender su hegemonía en el mercado. Pero también lanzó la amenaza velada de que todo ese "apoyo" se podría venir abajo si el citado buque-silo permanecía operando en Tampico."[52]

Además en los cuadros 5 y 6, se expusieron también tanto las inversiones programadas en el Puerto como a los principales usuarios del Puerto de Tampico y del mismo se puede advertir que Cemex era el tercer principal usuario y que no era el principal inversionista en el Puerto.[53]

"Cuadro 5. *Inversiones programadas y acumuladas en la APITAM durante dos mil cuatro.*

Empresa	***Inversión programada***	***Inversión acumuladas***
Bender	[redacted]	
Swecomex		
Domsa		
Ica Fluor Daniel		
Cemex		
Bosnor		
Commsa		
Protamsa		
Gua		

*** Art. 31 bis LFCE**

[52] Página 67 de la Resolución recurrida.
[53] Páginas 70 y 71 de la Resolución recurrida.

Triad Meridian	[redacted]
Termimar	
Garvar	
Matillas	
TOTAL	

Fuente: *Elaboración propia con base en la información del Programa Operativo Anual, 2005.*

Cuadro 6. *Principales usuarios en el puerto de Tampico, durante dos mil tres y dos mil cuatro*

Terminal	***Buques***		***Toneladas movilizadas***	
	2003	***2004***	***2003***	***2004***
PEMEX	[redacted]			
Terminales Públicas				
CEMEX				
Otras terminales privadas				
TOTAL REAL				
Buque-silo Mary Nour[1]				
TOTAL POTENCIAL				

[redacted]

Los anteriores elementos acreditaron que, a pesar de no tener una posición predominante en el Puerto, Cemex buscó por varios medios, entre ellos invitar a la APITAM, para que se impidiera la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico, con lo que quedó evidenciado, junto con los demás elementos de prueba señalados en el apartado de acreditación de la práctica de la Resolución recurrida, el objeto de la misma.[54]

Sexta.- En su **Cuarto agravio** la recurrente señala que de acuerdo a la ejecutoria 533/2011-1, dictada por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, le asiste la razón jurídica de la excepción a la regla del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo y realiza un planteamiento donde analiza si esta autoridad dictó la resolución que se recurre, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, dentro del tiempo legal.

Para responder lo anterior, se remite a las constancias de autos y acuerdo de veinticinco de junio de dos mil diez y publicado el catorce de julio de dos mil diez, en el que la Comisión, dictó lo siguiente:

"*Toda vez que mediante ejecutoria de seis de mayo de 2010, se resolvió sobreseer el Juicio de amparo, la suspensión para que esta autoridad no emitiera resolución, dejó de tener efectos, y tomando en consideración que dicha ejecutoria fue notificada a esta Comisión el catorce de junio de*

[54] Véase páginas 328 a 346 y de la 359 a 367 de la Resolución recurrida.

* Art. 31 bis LFCE

2010, por tanto, dígasele a las partes que a partir del 14 de junio de 2010 empieza a correr el plazo para emitir la resolución que corresponda en el presente asunto."

Y en efecto, el plazo para dictar la resolución definitiva en el presente asunto empezó a correr el 14 de junio de 2010 y terminaba el día 13 de agosto de 2010.

Concluye la recurrente argumentando que esta Comisión dictó la Resolución después del plazo previsto en la ley, ya que el termino para emitir la resolución definitiva era el trece de agosto de dos mil diez, sin que la suspensión otorgada por el Juez Federal a ella haya sido un impedimento para su dictado, ya que dicha suspensión fue otorgada cinco días después de vencido el plazo, el dieciocho de agosto de dos mil diez, lo cual es violatorio del artículo 33, fracción IV de la LFCE.

Lo anterior toda vez que de ninguna manera se puede sostener que la Comisión se encuentra facultada para dictar sentencia en un nuevo plazo de sesenta días contados a partir de que fue notificada de la ejecutoria, porque en autos no obra constancia alguna que determine que la Comisión cuente con ese nuevo plazo, ni existe auto o resolución que precise cuándo empieza a correr un nuevo plazo para dictar sentencia y cuando termina: ni tampoco se puede sostener que la Comisión dictó la sentencia definitiva acatando la ejecutoria, porque en ésta resolución se ordena que se dicte la resolución final que refiere la fracción IV del artículo 33 de la LFCE: y también se ordena que se deje sin efectos la orden de reposición, por lo que al declararse nula la orden de reposición no produce efecto legal alguno y, en consecuencia, no fue interrumpido el plazo para dictar sentencia a que se refirió el mencionado auto de fecha 25 de junio de 2010 y publicado el 14 de julio de 2010; por tanto, la resolución recurrida es violatoria de la garantía de seguridad jurídica.

Los argumentos vertidos por Cemex son **infundados** en parte y en otra **inoperantes**. En primer lugar son inoperantes porque los mismos no se hicieron valer en su contestación al OPR, y en ese sentido se considera que los argumentos resultan novedosos, los cuales no forman parte de la Resolución recurrida por no haber sido invocados en su oportunidad. En segundo lugar, para una mejor comprensión de los plazos, a continuación se hace referencia a las fechas de cada uno de los procedimientos a los que hace alusión la recurrente:

Fecha	Actuación procedimental o judicial
[redacted]	[redacted]
Veinticuatro de febrero de dos mil nueve.	Se admitió el juicio de amparo interpuesto por Cemex en contra de, entre otros, el OPR de veintiséis de enero de dos mil nueve, emitido en el expediente citado al rubro. Dicho amparo se radicó en el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia

[55] Fojas 10856 a 11152 del expediente (Tomo Confidencial y Tomo XIV).

	Administrativa en el Estado de Nuevo León bajo el número de expediente 77/2009.
[redacted]	
Veinte de marzo dos mil nueve.	Se tuvo por presentado su escrito y se admitieron y desecharon diversas pruebas.[57]
[redacted]	
Veinte de agosto de dos mil nueve.	Presentación de alegatos de Cemex.
[redacted]	
Veinticinco de agosto de dos mil nueve.	Se notificó a esta Comisión el otorgamiento de la suspensión provisional del acto reclamado "(…) *para el efecto de sin paralizar el procedimiento número DE-17-2006, que lleva a cabo la Comisión Federal de Competencia Económica,* (sic), *dicha autoridad se abstenga de dictar sentencia hasta en tanto se resuelva el juicio de amparo, es decir, cause ejecutoria la sentencia constitucional;* (…)", determinación que fue confirmada mediante sentencia interlocutoria de dos de septiembre de dos mil nueve, emitida dentro del incidente de suspensión.
[redacted]	
Veinticuatro de julio de dos mil nueve	Se interpuso recurso de revisión Contra la determinación anterior el cual en razón de

[56] Fojas 11168 a 11604 del expediente (Tomo XV).
[57] Fojas 11608 a 11615 del expediente (Tomo XV).
[58] Fojas 11992, 11993, 12007 a 12009 del expediente (Tomo XVI).

	turno correspondió conocer al H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, asignándosele el número de amparo en revisión 348/2009.
Catorce de junio de dos mil diez	Se notificó a esta Comisión que el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en el amparo en revisión 348/2009, resolvió revocar la sentencia definitiva emitida por el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León y sobreseer el juicio de amparo intentando por Cemex.
Quince de julio de dos mil diez	El Pleno resolvió en el expediente DE-017-2006: *"(...) **PRIMERO.**- Encausar el procedimiento a fin de dejar sin efectos el oficio de presunta responsabilidad de veintiséis de enero de dos mil nueve, así como todo lo actuado en el presente procedimiento a partir de éste y reponer el procedimiento corrigiendo las irregularidades cometidas, con miras a preservar la garantía de audiencia, defensa, debido proceso y certidumbre jurídica de Cemex.* ***SEGUNDO.**- Notifíquese personalmente. (...)"*
Quince de julio de dos mil diez	Se emitió un nuevo OPR, el cual se notificó a Cemex el veintiuno de julio de dos mil diez.
Veintisiete de agosto de dos mil diez	Se notificó a esta Comisión el acuerdo de fecha de dieciocho de agosto de dos mil diez, emitido por el H. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, en el cual se aprecia que dicho Juzgado otorgó en el juicio de amparo número 585/2010 a Cemex una

suspensión provisional para el efecto de que "*se mantengan las cosas en el estado que actualmente guardan y no tenga lugar la reposición del procedimiento, es decir, para que no se lleve a cabo el desarrollo de este o de su instrucción en cuanto a sus etapas procesales, así como para que tampoco se dicte resolución en el mismo, que decida la controversia con base en el nuevo oficio de quince de julio de 2010* (sic) *reclamado, hasta en tanto se resuelva en definitiva el presente incidente de suspensión.*"

[illegible] quince de noviembre de dos mil once emitida por el II Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, en la cual se resolvió otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal a Cemex. Dicha ejecutoria otorgó el amparo para los siguientes efectos:

> "*(...) Bajo ese tenor, es que la resolución reclamada vulnera los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica de la quejosa, por lo que procede conceder a Cemex México, S.A. de C.V. el amparo y la protección de la Justicia Federal solicitados, a efecto de que la autoridad responsable deje insubsistente la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que ordena encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia dentro del procedimiento administrativo de ejecución DE-017-2006, de forma que vuelva al estado que se encontraba justo antes de la*

[redacted]	[redacted] *dicte la resolución final a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis. (...)*
Veinticinco de enero de dos mil doce.	Esta Comisión emitió resolución dentro del expediente DE-017-2006 en cumplimiento a la ejecutoria de veintitrés de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, dejando sin efectos la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que se ordenó encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad, incluyendo el OPR emitido el mismo quince de julio de dos mil diez.
[redacted]	[redacted]
Dos de abril de dos mil doce.	Se admitió el recurso de queja de queja, presentado por Cemex el veintiséis de marzo del presente año y turnado al H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, radicado bajo el expediente 39/2012-I, en contra de la resolución dictada por el Juez de Distrito que declaró infundada la queja relativa al exceso o defecto en el cumplimiento del amparo.
[redacted]	[redacted]

[redacted]	
Dieciocho de diciembre de dos mil doce.	Dentro del expediente DE-017-2006, esta Comisión emitió resolución mediante la cual resolvió dejar sin efectos: 1. *La Resolución de veinticinco de enero de dos mil doce dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006, mediante la cual se pretendio dar cumplimiento a la ejecutoria del Tribunal.* 2. *La Resolución de quince de julio de dos mil diez dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006, mediante la cual se encausó y repuso procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia.* 3. *El Oficio de Probable Responsabilidad de fecha quince de julio de dos mil diez dentro del procedimiento administrativo con número de expediente DE-017-2006.*
[redacted]	
Primero de febrero de dos mil trece.	Se emitió un auto dentro del juicio de amparo 585/2010 promovido por Cemex, mediante el cual el Juez Quinto de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León, declaró que la ejecutoria dictada en el presente juicio había quedado cumplida y se tenía por restituido a la quejosa en el goce de la garantía individual reclamada, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, pues la autoridad competente (Comisión Federal de

	Competencia) realizó las obligaciones exigidas en el fallo protector.
[redacted]	[redacted]

Como se puede observar, la litigiosidad del asunto por parte de Cemex ha sido incesante, lo que ha provocado que el asunto no pueda quedar firme en sede administrativa, en el sentido que sea. Pero veamos, la ejecutoria de veintitrés de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, en la cual se resolvió otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal a Cemex, fue para los siguientes efectos:

> *"(...) Bajo ese tenor, es que la resolución reclamada vulnera los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica de la quejosa, por lo que* ***procede conceder a Cemex México, S.A. de C.V. el amparo y la protección de la Justicia Federal*** *solicitados, a efecto de que la autoridad responsable deje insubsistente la resolución de quince de julio de dos mil diez, en la que ordena encausar y reponer el procedimiento, así como todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia dentro del procedimiento administrativo de ejecución DE-017-2006,* ***de forma que vuelva al estado que se encontraba justo antes de la emisión de esa resolución, y por ende, dicte la resolución final a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis.*** *(...)"*

De lo anterior se observa con meridiana claridad que la orden del Tribunal fue que se dejara sin efectos la reposición del procedimiento y todo lo actuado con posterioridad, ***DE FORMA QUE VUELVA AL ESTADO QUE SE ENCONTRABA JUSTO ANTES DE LA EMISIÓN DE ESA RESOLUCIÓN*** (la de reposición de procedimiento) y se emita una nueva resolución en términos del artículo 33, fración IV de la LFCE vigente antes de las reformas del dos mil seis. Esto implica que todo lo realizado con posterioridad es la nada jurídica, pues así fue ordenado por el Tribunal y al ordenar que todo vuelva al estado en que se encontraba antes implica que lo es todo y no solo

partes. En este sentido el plazo para emitir resolución en términos del artículo 33, fración IV de la LFCE vigente antes de las reformas del dos mil seis, como lo ordenó el Tribunal, señala que "*Una vez integrado el expediente, la Comisión deberá dictar resolución en un plazo que no excederá de 60 días naturales*". Luego entonces, si el estado en que se encontraba el procedimiento justo antes de la emisión de esa resolución (de resposición de procedimiento de quince de julio de dos mil diez), era que estaban transcurriendo el plazo para dictar resolución, y que se encontraba en el día treinta y seis de los sesenta días naturales con que se contaba para emitirla, resulta que se emitió en tiempo la resolución que ahora se recurre, pues primeramente tenía que dejarse sin efectos la resolución que afectó las garantías de Cemex (la de reposición), con la finalidad de que volvieran las cosas al estado en que se encontraba antes de la emisión de esa resolución y hecho lo anterior emitirse una nueva en términos del artículo 33, fración IV de la LFCE vigente antes de las reformas del dos mil seis, como lo ordenó el Tribunal.

Sostener lo que señala Cemex en cuanto a que se venció el plazo para emitir resolución, resulta **infundado**, pues bastaría con que se retrasara cualquier procedimiento con la interposición de diversos medios de defensa, para argumentar que a la autoridad se le venció el plazo.

Cobra relevancia el hecho de que a partir de la emisión de la ejecutoria del PJF; es decir, el veintitrés de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 533/2011, la ahora recurrente ha promovido cinco medios de impugnación (dos quejas ante el Juez, dos recursos, uno de queja y otro de inconformiad ante el Tribunal y dos recursos de reconsideración ante esta CFC), lo que evidencia, ciertamente un derecho que tiene la recurrente, pero también que ello ha provocado que se retrase la culminación del procedimiento con una resolución que cobre firmeza.

Además, se señala que esta Comisión dio cumplimiento a la instrucción ordenada en la ejecutoria de queja de queja interpuesta con número de expediente 39/2012-I, emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, toda vez que los agravios hechos valer por Cemex fueron fundados en el sentido que "*...si la autoridad estimó la existencia de una irregularidad en la conducta imputada a la recurrente..., no estaba facultada para reponer el procedimiento, sino que al tratarse de una cuestión esencialmente de fondo, relacionada con la litis del procedimiento administrativo en materia de competencia económica, debía resolverla hasta la resolución definitiva a que se refiere la fracción IV del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente antes de las reformas de junio de dos mil seis. En este sentido, que este Tribunal como órgano terminal ya resolvió que los motivos de la responsable para emitir la resolución de quince de julio de dos mil diez, en que repuso el procedimiento eran jurídicamente desacertados, precisamente porque se trataban de cuestiones de fondo...*"[59], y de esta forma, esta autoridad debía ajustarse a los términos antes señalados, sin

[59] Páginas 27 y 28 de la ejecutoria de queja 39/2012-I dentro del juicio de amparo 585/2010.

que fuera posible apartarse de los mismos, como infundadamente pretende Cemex que actué esta Comisión.

Séptima.- En su **Quinto agravio** la recurrente discierne respecto a lo que esta Comisión señala sobre la conducta de Cemex referente a la interposición de los recursos administrativos y judiciales de defensa previstos en la legislación vigente aplicable, de donde se desprende que afirmó y reclamó hechos que sabía inexistentes con el propósito de obstaculizar, retrasar o impedir el acceso del buque *Mary Nour* al Puerto de Tampico, por las razones siguientes:

> **5.1.** Que de la propia afirmación de la CFC expuesta a foja 183 de la Resolución recurrida, se desprende que de las declaraciones de las autoridades marítimas se precisa que era necesario el estudio técnico antes de asignar la posición; mismo estudio que no se realizó y prueba de ello es la declaración del propio capitán de puerto en respuesta a la solicitud de información contenida en el oficio DGIPMR-10-096-2008-65 en la que declara que no realizó ningún estudio técnico sobre la operación propuesta para el buque silo flotante para localizar una posición adecuada del mismo en el puerto y la diversa dependencia portuaria APITAM señaló en escrito de respuesta al oficio DGIPMR-10-096-2008-149 que no realizó estudio técnico sobre la operación propuesta para el buque silo flotante para efecto de localizar una posición adecuada.
>
> En tal orden de ideas, el estudio técnico era necesario antes de asignar la posición de atraque y el propio director de la APITAM señaló que la razón por la que se impidió atracar al buque fue la radical oposición de la realización de este proyecto por parte del capitán de puerto Marco Vinaza y del representante de los pilotos de puerto capitán Vilches; y con esto se demuestra que las circunstancias y condiciones oficiales que impidieron la autorización de entrada y asignación del buque no fueron los recursos legales, sino fue la omisión de las autoridades marítimas en la elaboración del estudio técnico y de acuerdo a la propia declaración del Director de la APITAM el impedimento fue por una radical oposición a la realización de este proyecto por parte del capitán de puerto Marco Vinaza y del representante de los pilotos de puerto capitán Vilches quienes según su dicho, parecían convenir en todo con los términos de la oposición; éstas dos circunstancias son independientes de los recursos legales interpuestos por mi mandante.

El argumento es **inoperante por no combatir la resolución recurrida**, pues si bien hace referencia a la página 183 de la Resolución recurrida, también lo es que no combate lo señalado en el numeral 2.2 de la Resolución recurrida sino la cita del OPR que esta autoridad planteó en dicho numeral para dar debida respuesta a su argumento expuesto en su contestación al OPR. En efecto en la Resolución recurrida se indicó:[60]

> *"2.2. **Continua argumentando Cemex que** el acuerdo que se menciona para analizar los aspectos técnicos, más bien se refería a hacer una evaluación sobre la seguridad, pero **en ninguna parte del acta** del Comité de Operación de Puerto de Tampico se **manifiesta que la realización de dicho estudio fuera condicionante para la asignación de la posición de atraque** número 8 del muelle fiscal,*

[60] Véanse páginas 181 a 182 de la Resolución recurrida.

consecuentemente señalar que "el Capitán del Puerto y el Director General de la APITAM acordaron analizar los aspectos técnicos del proyecto antes de asignar una posición adecuada de atraque" resulta ser una interpretación errónea de la Comisión. Asimismo señala que las acciones legales promovidas por Cemex solamente tuvieron por objeto salvaguardar la seguridad de las embarcaciones que navegaban con destino a su terminal independientemente de la empresa o empresas que pretendieran llevar a cabo esas operaciones.

*El argumento es **infundado**, debido a que del acta del Comité en comento se observan declaraciones del Director de la APITAM y del Piloto del Puerto, de las que se desprende que era necesario el estudio técnico antes de asignar la posición, tal y como se observa de lo que se trascribe a continuación:*[61]

"(...) b) Determinación de la necesidad de realizar el análisis técnico del proyecto

El acta de la reunión en la que se presentó el proyecto del Mary Nour ante el Comité de Operación del puerto de Tampico, celebrada el quince de diciembre de dos mil tres, señala los siguientes elementos respecto a la factibilidad técnica de la operación:

"El Cap. De Alt. Víctor J. Vilchis, Piloto de Puerto, comentó que según el diagrama que se ha presentando [sic] en lo que respecta al giro del barco, con las cuatro posiciones de atraque ocupadas, manifestó que es riesgoso dar la ciaboga, por lo que es muy importante analizar bien este proyecto en la parte técnica de la operación de la maniobra de las embarcaciones.----------
Indicó que si en el proyecto existe un estudio de factibilidad que garantice la seguridad sobre todo en la época de corrientadas, ratificó que el puerto de Tampico no tiene dársenas de ciaboga.----------
El Cap. de Alt. Marco A. Vinaza, Capitán de puerto de Tampico, sugirió se busque una posición adecuada donde no cause impacto directamente en la seguridad del puerto, sugirió se analice a detalle y se elabore un estudio técnico de su operación.----------
El Ing. Rafael Meseguer, comentó que esas posiciones no son permanentes, eventualmente podría estar cualquiera de los buques, no necesariamente todos a la vez, y atendiendo las recomendaciones del Cap. Vinaza, propuso llevar a cabo una reunión con el Capitán de puerto en la primera semana de enero [de dos mil cuatro] para analizar el aspecto técnico del proyecto y posteriormente informar al Comité el resultado del análisis.----------
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión]

De acuerdo con los elementos contenidos en el acta citada, el Piloto del Puerto manifestó que el proyecto podía generar riesgos para las operaciones del puerto sólo bajo un supuesto específico: cuando se encontraran ocupadas la totalidad de las posiciones de atraque en el muelle, por lo que recomendó analizar el aspecto técnico del proyecto para determinar si era procedente asignarle una posición de atraque en el puerto de Tampico y, de ser el caso, determinar cuál sería la posición más adecuada. Para ello, el Director General de la APITAM propuso elaborar, previa reunión con el Capitán del Puerto, el análisis de factibilidad y/o análisis de aspectos técnicos para determinar la asignación de la posición de atraque el buque Mary Nour.

[61] Páginas 92 a 101 del OPR.

Al respecto, la Comisión requirió mayor información a la Capitanía del Puerto y a la APITAM para efectos de determinar si el estudio de factibilidad y/o análisis de aspectos técnicos se realizó y, de ser el caso, sus consideraciones y conclusiones.

***La Capitanía de Puerto**, en respuesta a la solicitud de información contenida en el oficio DGIPMR-10-096-2008-165, señaló que:*

"no realizó ningún estudio técnico sobre la operación propuesta para el buque silo flotante para localizar una posición adecuada del mismo en el Puerto, porque dichas actividades no se encuentran dentro de las atribuciones que corresponden a ésta [sic] autoridad."; y
"La responsabilidad de hacer dichos estudios corresponden [sic] a la Administración Portuaria Integral, pues se encuentra directamente relacionada con la asignación de posiciones de atraque y la explotación comercial del Puerto".
[Énfasis añadido por la Comisión]

***El Director General de la APITAM** en funciones durante el periodo del hecho investigado, en comparecencia realizada el veinticuatro de noviembre de dos mil seis, manifestó lo siguiente:*[62]

"[PREGUNTA] 7.- Describa el procedimiento que debe seguir un buque con cemento de importación para atracar en el puerto de Tampico. Señale a las personas involucradas en dicho procedimiento.

[RESPUESTA]. En el puerto de Tampico hasta donde yo se [sic] no existían antecedentes de barcos que llegaran con importación de Cemento, de hecho hacía desde el año setenta y pico que operaba una empresa cementera nominada cementos Anáhuac que enviaba cemento al sureste del país y también hacia los Estados Unidos y algunos países del Caribe, pero desconozco totalmente que el país recibiera por ese puerto cemento a granel o envasado, de tal forma que en caso de que hubiera habido alguna importación tendría que ser de acuerdo a los procedimientos ordinarios establecidos en las reglas de operación del puerto, es igual que cualquier barco que llegara yo lo tenía que recibir. En el Mari[sic] Nour era un procedimiento especial era una operación novedosa, el barco requería atracar en el puerto por periodos muy largos, es un barco factoría que trae cemento como cualquier otro barco pero esta [sic] equipado con una maquinaria para descargar cemento.

La estrategia de los que traían el Mari [sic] Nour era acoderar el barco y este actuaba como barco nodriza. Como esta circunstancia era totalmente extraordinaria en el sentido de que no se practicaba, se solicitó al [sic] autorización a la coordinación general de puertos y marina mercante para que autorizar [sic] el atraque en forma más o menos permanente de un buque. Como argumento favorable se les hizo saber que en esos tiempos el puerto estaba operando con una eficiencia apenas ligeramente superior al cuarenta y cinco por ciento en todas sus posiciones de atraque de tal forma que había posibilidad de realizar la operación mencionada y que de acuerdo a la [sic] estimaciones de los promotores de ese proyecto podrían significar del orden de trescientas mil toneladas anuales que nos permitirían usando una tarifa regular ingresar hasta diez y medio millones de pesos al año. Y esa cantidad era superior al cien por ciento de lo que recibe el puerto por todos los contratos de cesión parcial de derechos vigentes.

[62] Fojas 7116 y 7117 del expediente.

Recibimos carta de la coordinación general de puertos diciendo que habiéndose analizado los aspectos jurídicos y demás procedimientos relacionados con la ley de puertos no existía inconveniente alguno en autorizar el referido contrato máxime que el rendimiento financiero parecía muy razonable. Si fuera necesario para ustedes me comprometo a enviarles copia de esa respuesta si la encontrara entre los documentos que conservo de la administración portuaria.

Teniendo en la mano la respuesta de la coordinación general de puertos se les hizo saber a los señores promotores del proyecto de importación de cemento que no teniendo inconveniente y habiendo sido autorizados a continuar con las negociaciones el costo que presentaría para ellos en condiciones regulares sería de una cifra muy próxima a los diez millones de pesos por año.

[PREGUNTA] 8.- Desde el punto de vista técnico, diga si consideraba viable el "Proyecto de Operación del Buque Silo" (el Proyecto) que elaboró la empresa Irkon, S.A. de C.V. y que se presentó ante el Comité de Operación del Puerto de Tampico el 17 [sic] de diciembre de 2003.

[RESPUESTA]. Habiendo conocido con mayor detalle los detalles del proyecto de importación de cemento personalmente lo analicé y en reunión con mis más cercanos colaboradores en el área de ingeniería, Ing. [redacted] *y con el gerente de operaciones Ing.* [redacted] *buscamos la mejor forma de darle servicio al buque que vendría con cemento a granel y les pedí que juntos elaboraran un esquema mostrando si habría inconveniente en que se llevara a cabo el acoderamiento del "buque factoría" y cualquier otra embarcación de similares dimensiones que se le pudiera acoderar para transferirle carga, pero cuidando que esa operación de traspaleo de carga interfiriera con el flujo de otras embarcaciones que operan aguas arriba.*

[PREGUNTA]9.- Diga cuál fue la razón por la que se le impidió atracar al Buque Silo Mary Nour en el Puerto de Tampico y señale a los participantes de dicho evento.

[RESPUESTA]. En la junta del comité técnico al que antes me he referido el Ing. [redacted] *hizo referencia al Proyecto y encontré una radical oposición a la realización de este proyecto por parte de el Capitán de Puerto, Marco Vinaza y del Representante de los pilotos del puerto, Capitán Vilchis quienes parecían coincidir en todo con los términos de su oposición, que consistía en que la colocación de los barcos en la forma que se presentaba podría implicar un riesgo para la navegación es esa parte del río. Como era mi responsabilidad, en calidad del presidente del comité de operaciones, evitar conflictos en dichas juntas, propuse que la representación de los pilotos y el propio capitán de puerto se reunieran en los días posteriores para revisar con todo detalle este asunto. Las juntas se llevaron a cabo y cada una de las personas señaladas expuso con claridad sus puntos vista (sic), incluso presentando detalles dimensionados para indicar que el temor de los pilotos y del capitán de puerto eran infundados.*

[PREGUNTA] 10.- Mencione los beneficios que traería el Proyecto de Operación del Buque Silo que elaboró la empresa Irkon, S.A. de C.V. al Puerto de Tampico.

[RESPUESTA]. Ya lo mencioné con anterioridad. Implicaba un incremento en el movimiento de carga, una elevación en los índices de utilización de la infraestructura portuaria y, desde luego, en mayores ingresos para la Administración de la propia Administración del Puerto."
[Énfasis y texto entre corchetes añadidos por la Comisión]

*** Art. 31 bis LFCE**

***La APITAM** señaló, en su escrito de respuesta al oficio DGIPMR-10-096-2008-149, que:*

"Esta entidad no realizó estudio técnico sobre la operación propuesta para el buque silo flotante para efecto de localizar una posición adecuada del mismo en el puerto."

"no tiene conocimiento de que se haya llevado a cabo algún estudio técnico por algún otro agente económico sobre la operación propuesta para el buque silo flotante".
[Énfasis añadido por la Comisión]

El dieciséis de julio de dos mil cuatro, la Junta de Programación de Buques emitió acuerdo por el que se asignó la posición de atraque al buque-silo Mary Nour para el día siguiente, diecisiete de julio de dos mil cuatro. De lo anterior se desprende que, en el momento que debía pronunciarse sobre la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, tanto la Capitanía del Puerto y el Director General de la APITAM, en lo individual, como la Junta de Programación de Buques en conjunto, se otorgó una respuesta favorable a la solicitud de arribo y asignación de una posición de muelle al Puerto de Tampico. Si bien esta decisión no prejuzga sobre la viabilidad de la segunda etapa del proyecto de las denunciantes (i.e. la posterior entrada de buques alimentadores para el Mary Nour), sí constituye un elemento de convicción respecto de la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico.

La información recabada de la APITAM y del Director General de la APITAM en funciones durante los hechos investigados constituye indicios de que:

i. El proyecto presentado por las denunciantes para operar el buque-silo Mary Nour en el puerto de Tampico generaría beneficios para las operaciones del Puerto de Tampico.
ii. Las denunciantes sí solicitaron al Comité de Operaciones la evaluación del proyecto para conocer si, a su arribo, le sería asignada una posición de atraque por un periodo prolongado y además permitiera las maniobras de alimentación de cemento a través de otras embarcaciones.
iii. La APITAM, a través del Director General en funciones durante el periodo investigado:

- *Manifestó a las ahora denunciantes que el proyecto resultaba viable y le ofreció una cotización por los servicios portuarios que la APITAM prestaría al buque-silo Mary Nour.*
- *No emitió respuesta a las denunciantes sobre el proyecto completo (etapas i y ii) y condicionó su respuesta al análisis de las condiciones técnicas que no se realizó.*

iv. La Capitanía del Puerto y el Director General de la APITAM, en lo individual, como la Junta de Programación de Buques en conjunto, otorgaron de facto una respuesta favorable a la solicitud de arribo y asignación de una posición de muelle al Puerto de Tampico en la Junta de Programación de Buques del dieciséis de julio de dos mil cuatro. Este acto constituye un elemento de convicción respecto de la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico. (...)"

De todo lo anterior, se advierte que la conclusión a la que se arribó en el OPR derivó no sólo del Acta de la reunión del Comité de Operación del Puerto de Tampico, sino también de las demás información recabada durante la investigación.

En cuanto a su argumento de que las acciones legales que promovió fueron para salvaguardar las embarcaciones que llegaban a su terminal, debe decirse que de acuerdo con lo plasmado en el OPR se advirtió que dichos recursos no fueron favorables a Cemex, en atención a que no acreditó su existencia y, por tanto, junto con los demás elementos explicados en dicho oficio en las consideraciones tercera a séptima se concluyó que fueron un instrumento para impedir el acceso de las denunciantes al mercado relevante investigado. En este sentido se ha sostenido que Cemex promovió primeramente un recurso de inconformidad, el cual se resolvió en el sentido de que el acto era inexistente y aun cuando sabía de su inexistencia, promovió el amparo contra el recurso de inconformidad, el cual también se resolvió infundado ante la inexistencia de los actos y más aún en el amparo se le señaló que carecía de interés, porque de existir los actos, éstos no le depararían perjuicio alguno. De lo anterior que no pudiera con las acciones legales que promovió salvaguardar las embarcaciones que llegaban a su terminal."

De lo anterior se observa primeramente una contradicción en el argumento de la recurrente pues en su contestación al OPR que quedó plasmada en la resolución recurrida señaló: "*2.2. **Continua argumentando Cemex que** el acuerdo que se menciona para analizar los aspectos técnicos, más bien se refería a hacer una evaluación sobre la seguridad, pero **en ninguna parte del acta** del Comité de Operación de Puerto de Tampico **se manifiesta que la realización de dicho estudio fuera condicionante para la asignación de la posición de atraque** número 8 del muelle fiscal*" y por su parte en su agravio que se contesta señala: "*En tal orden de ideas, **el estudio técnico era necesario antes de asignar la posición de atraque** y el propio director de la APITAM señaló que la razón por la que se impidió atracar al buque fue la radical oposición de la realización de este proyecto por parte del capitán de puerto Marco Vinaza y del representante de los pilotos de puerto capitán Vilches*" Es decir, la recurrente señaló en su contestación al OPR que no era necesario el estudio técnico, pero ahora en su recurso señala que si era necesario el estudio técnico, de ahí que su argumento también venga en **inoperante**.

Asimismo, de lo anterior también se observa claramente que en la respuesta leída y analizada en todo su contexto no se señala que la falta del estudio técnico haya sido el motivo por el cual no pudo entrar el buque-silo al puerto de Tampico, como tampoco la falta de asignación, ya que de hecho esa asignación sí se dio por parte de la APITAM, como por la Junta de Programación de Buques del dieciséis de julio de dos mil cuatro. En efecto, en la Resolución recurrida en sus páginas 324 a 327 se analizaron varias actas de la Junta de Programación de Busques del Puerto en las que se observa claramente que el dieciséis de julio de dos mil cuatro se le asignó un muelle al *Mary Nour* para su ingreso al Puerto el diecisiete de julio de dos mil cuatro, **pero que debido a una suspensión otorgada a Cemex la autoridad portuaria se vio impedida para autorizar el arribo de dicho buque**. También se observa que posteriormente solamente se autorizó la entrada del buque para el aprovisionamiento y mantenimiento, sin poder hacer ningún tipo de descarga, derivado de la suspensión otorgada a Cemex. En efecto en esas páginas de la Resolución recurrida se indicó:

i. "Acta de la Junta de programación de buques API-TAM-GOP-F-07 de fecha dieciséis de julio de dos mil cuatro.

De ésta se puede apreciar que la asignación de muelle al buque Mary Nour fue acordada para las siete horas del diecisiete de julio de dos mil cuatro en el tramo s/n del muelle Recinto Fiscalizado, del cual aparece una nota, misma que a continuación se transcribe:

"NOTA:
LA CAPITANIA DE PUERTO DE TAMPICO, COMUNICA EN ESTA REUNIÓN QUE POR VIRTUD DE UNA SUSPENSIÓN DEFINITIVA CONCEDIDA POR EL JUZGADO NOVENO DE DISTRITO, ESTA IMPEDIDA PARA AUTORIZAR EN ESTE MOMENTO EL ARRIBO DEL B/M MARY NOUR."

ii. En las hojas de "Programación de Buques" de fecha dieciséis de julio de dos mil cuatro, en el apartado "Buques próximos a arribar" aparece un cuadro en el que se destaca, en la tercera línea:

TRAMO	*NOMBRE DEL BUQUE*	*T.B.R.*	*NAC*	*ESLORA*	*FECHA ENTRADA*	*TONS*	*DESCARGA DESCRIPCIÓN*	*AGENCIA CONSIGNATARIA*
...	....	....	....	....	....	....	....	....
....	....	....	....	....	....	....	....	....
R.F.	*MARY NOUR*	*20,515*	*PAN*	*185.50*	*17/Jul*	*26,219*	*CEMENTO A GRANEL*	*GARZA FLOR*

iii. Acta de la Junta de programación de buques API-TAM-GOP-F-07 de fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro.

De esta acta que se puede apreciar que fue acordada la asignación de muelle al buque Mary Nour para las cero horas del diecisiete de julio de dos mil cuatro en el tramo siete del muelle Recinto fiscalizado, del cual aparece un anexo, mismo que a continuación se transcribe:

"ANEXO DEL ACTA DEL 21 DE JULIO DE 2004.
El Capitán de puerto manifiesta, que derivado de la aclaración a la suspensión definitiva que concedió el juzgado noveno de distrito del estado, la capitanía de puerto no tiene impedimento para permitir el ingreso y atraque del B/M Mary Nour, para llevar a cabo el aprovisionamiento como el mantenimiento propio de la indicada embarcación en los términos que precisó dicho juzgado.
EL B/M "MARY NOUR" tiene autorizado el tramo 7"

iv. Acta de la Junta de programación de buques API-TAM-GOP-F-07 de fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro, en la que se observa en la segunda y quinta líneas:

Buque	*E.T.A.*	*Hr.*	*Muelle*	*Tramo*	*Agencia*
...	...		...		...
AMPARO PAOLA	*19/07/2004 18:00*	-	*CEMENTOS MEXICANOS*	*8 AB*	*CITRAMAR*
...	...		...		...
...	...		...		...
MARY NOUR	*17/07/2004 6:20*	-	*RECINTO FISCALIZADO*	-	*GRAZA FLORES*

Asimismo, aparecen una Nota y dos observaciones o anotaciones de Cemex y de la Agencia Garza Flores que dice, respectivamente, lo siguiente:

"NOTA:

LA CAPITANIA DE PUERTO DE TAMPICO, COMUNICA QUE CON RESPECTO AL B/M "MARY NOUR", SE CONTINUA CON LOS MISMOS TERMINOS ASENTADOS EN EL ACTA DE PROGRAMACIÓN DEL DÍA 16 DE JULIO DE 2004"

"El suscrito [redacted] * *en mi carácter de representante de* [redacted] * [redacted] * *solicito al* [redacted] * *quien preside por parte de la API la presente junta que informara si ya se le asignó posición de fondeo al buque-silo de bandera panameña denominado Mary Nour a lo que contestó que la Administración Portuaria de Tampico no asigna posiciones de Fondeo.*

El suscrito [redacted] * *en mi carácter de representante de* [redacted] * [redacted] * *solicito al Cap. Manuel Aceituno jefe de navegación de capitanía de Tampico que si tiene conocimiento de alguna visita de inspección por parte de autoridades federales al buque-silo Mary Nour a lo que respondió no tenemos conocimiento por el momento.*

Se hizo la observación en la junta de programación de que como agentes consignatarios del buque Pan. (sic) "MARY NOUR", nos presentamos a solicitar tramo para su atraque y que de acuerdo por lo informado por el Cap. Manuel Aceituno, Jefe de Navegación de la capitanía que (sic) programación del buque seguía en los mismos términos de la junta anterior. Así mismo se le preguntó que si la información dada el día 16 de julio por esa capitanía, al referirse a la capitanía, se refería al titular de la misma Cap. Marco A. Vinazo Mtz, a lo que respondió que sí. [redacted] * [redacted] *

Dichas pruebas tienen valor probatorio que les confiere los artículos 79, 93, fracción II, 129, 197 y 202 del CFPC y con ellas se acredita que Cemex desde tiempo antes del nueve de julio de dos mil cuatro tenía conocimiento del arribo del buque-silo "Mary Nour" y que tenía mucha preocupación por el paradero de dicho buque y la fecha en la que efectivamente iba arribar al Puerto de Tampico, inclusive tenía la inquietud de saber si iba a ser objeto de una inspección por autoridades federales; es decir, como si lo estuviera esperando. Asimismo, dichas documentales dan cuenta de que efectivamente el Mary Nour había sido autorizado o no había impedimento para permitir el ingreso y atraque del B/M Mary Nour, para llevar a cabo el aprovisionamiento como el mantenimiento propio de la indicada embarcación en los términos que precisó el Juzgado Noveno en la aclaración a la suspensión otorgada a Cemex y se le autorizó el tramo 7."

En conclusión, resulta claro que no fue por la falta del estudio técnico, ni por responsabilidad de las autoridades marítimas del Puerto de Tampico que no se autorizó la entrada del buque, sino por la suspensión otorgada a Cemex. En dichas reuniones de programación de buques tuvo presencia Cemex, por lo que resulta equivocado que pretenda responsabilizar a las autoridades marítimas del Puerto de Tampico del impedimento de la entrada del buque, cuando ella misma sabe de antemano que no es así.

5.2. La CFC realizó un limitado análisis respecto a los recursos legales con que contó Cemex y con los que cuenta cualquier ciudadano para alegar o en su caso defender un derecho. Esto es así porque el recurso de inconformidad no se interpuso contra una resolución inexistente; ni su interposición se partió de una suposición, sino se interpuso derivado de los hechos asentados en el

*** Art. 31 bis LFCE**

acta del Comité de Operación del Puerto de Tampico, lo cual resulta ser una documental pública y no una simple conjetura.

En el recurso de inconformidad se expresaron las manifestaciones del Capitán de Puerto y del Piloto de Puerto en su carácter de expertos en materia de navegación, ya que fueron ellos quienes señalaron en el Comité de Operaciones que el proyecto del buque-silo era riesgoso para la seguridad en la navegación del Puerto, y Cemex instó su acción legal para asegurarse de que las operaciones de navegación en el Puerto de Tampico se dieran de manera segura de tal forma que no interfirieran ni pusieran en riesgo la seguridad de sus embarcaciones que arribaban a su terminal, pues de acuerdo al Capitán del Puerto y al Piloto del Puerto asignar una posición representaba riesgos para la seguridad del puerto.

Para la Comisión el ejercicio de una acción legal es causa generadora de una práctica monopólica, misma afirmación que no se sostiene, por los siguientes aspectos:

a).- El ejercicio de una acción legal no es una conducta monopólica establecida por el artículo 28 Constitucional
b).- El ejercicio de una acción legal no es una hipótesis descrita en el artículo 10 fracción VI.
c).- La propia Comisión reconoce que los recursos legales de Cemex constituyen el ejercicio legítimo de un derecho de defensa.
d).- Las Autoridades Jurisdicciones (sic) no son agentes económicos.

Y para la Comisión, el ejercicio de las acciones legales (inconformidad y amparo) constituyeron elementos que impidieron el acceso de los denunciantes al mercado relevante investigado, porque no se acreditó su existencia, no existía oficialmente un acto por el cual se conociera siquiera el arribo del buque, menos su autorización y se sobreseyó el amparo por no existir tal documento, y a su vez manifiesta que Cemex careció de interés jurídico.

Sostener que una acción legal constituye una práctica o conducta monopólica es absurdo, y más cuando la propia CFC reconoce que los recursos legales de Cemex constituyen el ejercicio legítimo de un derecho de defensa. No se entiende el razonamiento de la CFC al señalar que el ejercicio de las acciones legales impidieron el acceso a los denunciantes al mercado relevante investigado, cuando a foja 67 de la resolución definitiva (transcripción del OPR) contradictoriamente refiere que la acción legal ejercida por Cemex ante la Capitanía de puerto constituye una decisión unilateral de dicha empresa respecto al ejercicio de un derecho de inconformidad legalmente establecido en la legislación portuaria. Para el ejercicio de dicho derecho, no son requisito previo o elementos de consideración las acciones que hubiere emprendido o dejado de hacer la APITAM respecto del proyecto del buque-silo.

No obstante lo anterior, si el recurso y posterior amparo hubiesen sido del todo improcedentes, se hubieren desechado por la Autoridad Jurisdiccional Federal, sin embargo, tan no fue improcedente que fueron admitidos a trámite los recursos legales y se concedieron las suspensiones provisional y definitiva de los actos reclamados.

No basta decir que los actos eran inexistentes, y con esto simplemente resolver que como eran inexistentes se acredita la conducta monopólica que se le imputa a Cemex.

La recurrente además, plantea una serie de argumentos tendientes a acreditar la procedencia del amparo que promovió contra actos que en su momento fueron resueltos por el PJF como inexistentes.

Los dos primeros argumentos son **inoperantes por reiterativos**, ya que tales argumentos fueron expuestos en su contestación al OPR y fueron debidamente abordados en el numeral 3.8 de la Resolución recurrida.[63] Asimismo, dichos argumentos, así como el último son **inoperantes**, ya que el hecho de que hayan sido declarados inexistentes los actos no fue producto de una interpretación o valoración de esta CFC, sino que tal resolución fue objeto de un amparo;[64] es decir, es el PJF quien sostuvo tal aseveración y no esta CFC. Además, tal situación ya fue plenamente juzgada por el PJF, por lo que cualquier comentario o argumento tendiente acreditar ante esta CFC la existencia de los actos reclamados, el contenido de las actas impugnadas y el contenido de sus amparos y recursos legales, así como la procedencia del amparo resultan inatendibles.

Respecto del argumento planteado en el sentido de que ejercicio de una acción legal no es causa generadora de una práctica monopólica, resulta **infundado**, ya que parten de una suposición sin fundamento, pues no es verdad que esta CFC haya señalado que por virtud de haber promovido una acción legal en contra de la Capitanía de Puertos y la APITAM se haya acreditado la conducta.

El artículo 10 de la LFCE señala claramente que se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. En el caso en específico se puede sostener que Cemex llevo a cabo actos (acciones legales) cuyo objeto fue o pudo ser impedir sustancialmente el acceso del buque-silo *Mary Nour* al mercado relevante de la comercialización al mayoreo de cemento gris portland en el territorio nacional.

Lo anterior es así, ya que la práctica imputada es la establecida en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, conocida como boicot, la cual parte del hecho de que Cemex llevó a cabo diversos actos tendientes a impedir el acceso del buque silo *Mary Nour*, entre ellas las acciones legales referidas. En este sentido, todos los actos y hechos analizados sólo sirvieron como indicios para acreditar la intención de Cemex de invitar a la APITAM para impedir el acceso del buque silo. Es

[63] Véase página 206 a 208 de la Resolución recurrida.
[64] Sentencia de amparo emitida por el Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Tamaulipas en el juicio de amparo 666/2004 y su acumulado 703/2004, visible a fojas 1487 a 1520 del expediente DE-017-2006 (Tomo Único Confidencial de Irkon Holdings, S.A. de C.V.)

decir, fueron los que acreditaron el objeto de la conducta, pues todos los actos realizados tenían una unidad en cuanto a su fin (impedir la entrada del buque-silo, inclusive desde la adquisición del cemento en Indonesia y Taiwán); si bien no todos son actos *per se* violatorios de la LFCE, sí permiten presumir que no podía haber otra razón por la cual Cemex invitó a la APITAM que la de impedir el acceso del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico y eventualmente al Puerto de Altamira.[65]

Por otra parte, en el penúltimo argumento la propia recurrente reconoce que se le concedieron suspensiones provisionales y definitivas de los actos reclamados y con ello desde luego se impidió la autorización y asignación de un muelle para que atracara el buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico, tal y como quedó asentado en la respuesta al primer argumento de este agravio quinto, en donde se detalla que en las actas de programación de buques se asignó un muelle al buque-silo, pero no se pudo autorizar su entrada en virtud de las suspensiones otorgadas a favor de Cemex.

También es importante señalar que el otorgamiento de las suspensiones no presupone la procedencia del amparo, como tampoco la existencia de los actos reclamados. Tan es así que al resolver en definitiva los amparos, el PJF sobreseyó el juicio de amparo ante la inexistencia de los actos reclamados y más aún ante la falta de interés jurídico de Cemex por no causarle un perjuicio lo sostenido en los supuestos actos reclamados.

Por su parte, resulta falso que se haya resuelto que en virtud de que los actos eran inexistentes se acreditaba la conducta, ya que el cúmulo de actos descritos en la Resolución recurrida y más específicamente en la consideración Octava acreditaron la conducta violatoria de la LFCE; es decir, no es el hecho de que haya promovido recursos legales contra actos inexistentes por lo cual se viola la LFCE, sino el cúmulo de conductas que hicieron patente la intención de Cemex de impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico.

---

[65] Resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial.
No. Registro: 180,829. Tesis aislada. Materia(s): Civil, Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Agosto de 2004. Tesis: I.4o.C.69 C. Página: 1653. ***PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.*** ***La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan****; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un* ***dato objetivo*** *que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal.* CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 964/2004. Constructora Abourmrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López.

5.3. No obstante, la recurrente insiste sobre que el hecho generador de las acciones legales fue el acta de Comité de Operaciones del quince de diciembre de dos mil tres, misma que constituyó un acto futuro e incierto en donde se plantearon dos aspectos sobre i) la presentación y determinación de la necesidad de realizar el análisis técnico del proyecto del buque, así como, ii) la elaboración del análisis de factibilidad o de aspectos técnicos.

Conforme a lo anterior, la recurrente entra al análisis del acta de Comité de Operaciones señalada, donde argumenta que la posible asignación de atraque del buque y el riesgo en las operaciones de la terminal son un acto futuro, ya que no puede saberse con exactitud si es un acto inminente, o bien, si se llegará o no a materializar el acto que le agravie, por lo que, al generar duda, no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de un amparo. Por lo tanto, no constituye una causa que amerite la inexistencia de los actos que se reclamó en el juicio de amparo, pues la naturaleza del acto como un "acto de carácter futuro e incierto" es un acto regulado en Ley y permisible, y más aún cuando la Corte ya ha dictado tesis con carácter jurisprudencial al respecto. Señala que lo anterior demuestra que no fue tan evidente la inexistencia del acto reclamado, como infundadamente lo sostuvo esta Comisión en la Resolución recurrida, y más aún, la imposibilidad del arribo del buque recayó en condiciones fuera del alcance de Cemex, como ya se ha manifestado. Por lo tanto, los recursos legales no versaron sobre actos inexistentes y los mismos no fueron un impedimento para el arribo del buque, ni constituyeron una condición legal que haya impedido la elaboración del necesario estudio de factibilidad o análisis técnico antes de la asignación de la posición del buque por parte de las autoridades portuarias.

El argumento de Cemex es **inoperante por novedoso**, ya que plantea cuestiones no alegadas en la contestación al OPR y, por ende, son cuestiones que no forman parte de la Resolución recurrida, es decir, la recurrente no está planteando o controvirtiendo la Resolución recurrida, sino que pretende atacar la imputación por la que fue emplazado y que se encuentra contenida en el OPR.

Sin perjuicio de lo anterior, la inexistencia de los actos no los señala esta Comisión, sino el propio PJF al haberle sobreseeido el juicio por haber promovido Cemex un amparo contra actos inexistentes y si como dice la propia recurrente promovió el amparo contra un acto futuro, el cual no constituye un motivo manifiesto de indudable improcedencia de un amparo, resulta igualmente inoperante su argumento, pues esta no es la instancia ni esta la autoridad para determinar si lo que promovió Cemex en el amparo es o no un acto futro e incierto y si el mismo constituye o no un motivo manifiesto de indudable improcedencia de un amparo. En el expediente obra copia de la sentencia (fojas 1487 a 1520) en la que se señala que Cemex promovió un amparo contra actos inexistentes, lo cual es cosa juzgada para todos los efectos legales.[66]

[66] Páginas 122 a 125 del OPR.

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial:

> **COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL. DISTINCIÓN Y EFECTOS.** Supuestas las identidades clásicas de partes, de cosa u objeto y de causa de pedir o hecho generador del derecho ejercitado, **del pronunciamiento de derecho emana la autoridad de cosa juzgada formal, que hace irrecurrible el acto, y de cosa juzgada material, que hace indiscutible el hecho sentenciado, esto es, las partes no pueden reabrir nueva discusión ni la autoridad resolutora, o alguna otra, pueden pronunciarse otra vez respecto del hecho ya definitiva e irrecurriblemente juzgado.**[67]

Octava.- En su **Sexto agravio** Cemex manifiesta lo siguiente:

> **6.1.** La Comisión supone que fueron las estrategias legales de Cemex las que obstaculizaron, retrasaron o impidieron el acceso del buque Mary Nour al Puerto de Tampico, sin embargo, en el caso, obran actas que demuestran que se asignó posición de ingreso y de atraque del buque y la suspensión definitiva emitida dentro del amparo no fue un impedimento para asignar posición.
>
> Cuestiona si los recursos legales realmente fue el motivo por el cual se impidió asignar una posición de arribo y atraque. Al respecto, señala que la Comisión reconoce que en la Junta de Programación de Buques del dieciséis de julio de dos mil cuatro se emite acuerdo para asignar una posición al buque-silo *Mary Nour* para el día siguiente en el Muelle Recinto Fiscalizado; sin embargo, lejos de constituir un acto inexistente, que para la CFC constituyó una práctica monopólica, resulta que en autos obran constancias que acreditan que sí existió una posición al buque-silo Mary Nour en el Muelle Recinto Fiscalizado, es decir, los actos asentados en la acta de Comité del Puerto del quince de diciembre de dos mil tres se materializaron mediante la asignación de una posición de llegada y atraque del buque Mary Nour.
>
> En el cuerpo de la resolución combatida, se sostiene en forma reiterativa por la Comisión, que los recursos legales se promovieron a sabiendas de que eran actos inexistentes y esto constituyó una práctica monopólica pues el agente económico afirmó y reclamó hechos que sabia inexistentes con el propósito de obstaculizar, retrasar o impedir el acceso del buque Mary Nour al Puerto de Tampico.
>
> Bajo la misma lógica, la Comisión establece que los recursos legales que interpuso mi mandante consiguieron obstaculizar, retrasar o impedir el acceso sustancial del buque Mary Nour al Puerto de Tampico, así como impidieron el acceso a un nuevo participante al mercado relevante, y con ello crear un contexto de incertidumbre para las denunciantes, lo cual es equivocado, ya que si nos remitimos a la foja 326 de la Resolución impugnada la propia Comisión transcribe el anexo a la acta del veintiuno de julio de dos mil cuatro en el que el Capitán del Puerto manifiesta que:

[67] No. Registro: 197,717. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VI, Septiembre de 1997. Tesis: I.1o.T. J/28. Página: 565. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

> "*derivado de la aclaración a la suspensión definitiva que concedió el juzgado noveno de distrito del estado, la capitanía de puerto no tiene impedimento para permitir el ingreso y atraque del B/M Mary Nour, para llevar el aprovisionamiento como el mantenimiento propio de la indicada embarcación en los términos que precisó dicho juzgado. El B/M Mary Nour tiene autorizado el tramo 7*", por lo que se demuestra a esta Comisión que si existió una posición de atraque y llegada del buque.

El argumento es **infundado**, ya que precisamente en páginas 324 a 327 de la Resolución recurrida se analizaron varias actas de la Junta de Programación de Busques del Puerto, en el que se observa claramente que el dieciséis de julio de dos mil cuatro se le asignó un muelle al *Mary Nour* para su ingreso al Puerto el diecisiete de julio de dos mil cuatro, **pero que debido a una suspensión otorgada a Cemex la autoridad portuaria se vio impedida para autorizar el arribo de dicho buque**. También se observa que posteriormente solamente se autorizó la entrada del buque para el aprovisionamiento y mantenimiento, sin poder hacer ningún tipo de descarga, derivado de la suspensión otorgada a Cemex, las cuales ya han sido transcritas en la respuesta al primer argumento del agravio quinto (numeral 5.1), por lo que deberá estarse a lo ahí señalado.

Por otro lado, es falso que esta CFC haya resuelto que por el simple hecho de haber sido declarado un acto inexistente se considera que Cemex cometió una práctica monopólica, ya que no es por el acto inexistente, sino por haber impedido la entrada del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico a través de diversos actos descritos en la consideración Octava de la Resolución recurrida, entre ellos el promover recursos legales y amparos en contra de actos inexistentes.

En cuanto a que el acta de quince de diciembre de dos mil tres no puede considerarse un acto inexistente porque se materializó con la asignación del muelle y atraque en el acta de dieciséis de julio de dos mil cuatro, este resulta **inoperante**, ya que en primer término el acto debe existir antes de la interposición del juicio de garantías para su procedencia y no después, como lo sostiene la recurrente al señalar que este se materializó después de interpuesta la demanda; en segundo lugar, el acto inexistente no fue declarado por esta CFC, sino por el PJF, lo cual además es cosa juzgada, contra lo cual no cabe discusión alguna.

Sin perjuicio de que la recurrente señale que sí existió un acto y por ello se admitió su demanda de amparo, ya que la ahora recurrente reclamó la asignación del muelle y del acto reclamado no se desprendía tal situación, es decir que se haya asignado alguna posición en el recinto portuario y por ello fue declarado inexistente.

El último argumento es **infundado**, ya que la autorización fue única y exclusivamente para llevar el aprovisionamiento como el mantenimiento propio de la embarcación, pero no para atracar y desembarcar el cemento, ya que eso no estaba autorizado, en tanto la suspensión otorgada a Cemex del acto, que posteriormente fue inexistente y no le deparaba perjuicio, seguía vigente. Lo

cual ya fue abordado en el numeral 5.1 de la presente resolución, por lo que deberá estarse a lo ahí señalado.

De lo anterior se observa que la autorización fue únicamente para el aprovisionamiento y mantenimiento de la embarcación, lo cual resultaba lógica, en la medida de que la embarcación requería del mantenimiento adecuado para su estadía afuera del Puerto de Tampico.

> **6.2.** La resolución violó el principio de congruencia ya que según la Comisión se otorgó una respuesta favorable a la solicitud de arribo y asignación de una posición de muelle al puerto de Tampico, lo que constituye un elemento de convicción respecto de la viabilidad de la entrada del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico. Por su parte, en la página 345 se señala que la Comisión carece de los elementos necesarios para pronunciarse sobre la viabilidad de que el proyecto del buque-silo podía o no realizarse en el puerto de Tampico.

El argumento es **infundado**, ya que no existe tal incongruencia, pues el contexto de lo señalado en cada una de las fojas que refiere es distinto, tal y como se aprecia a continuación.

Mientras que en la página 345 se analiza y valora una prueba, en la página 359 se analiza el objeto de la práctica cometida por Cemex. En efecto, en la Resolución recurrida se señaló en las páginas 345 y 361 respectivamente lo siguiente:

> *"Los elementos sugieren una relación entre las operaciones de Cemex y del buque-silo Mary Nour. Sin embargo, al no existir un dictamen **sobre los aspectos técnicos de las operaciones del Mary Nour**, la Comisión carece de los elementos necesarios para pronunciarse sobre la **viabilidad de que el proyecto** del buque-silo podía o no realizarse en el puerto de Tampico." [énfasis añadido]*
> *"En la Junta de Programación de Buques del dieciséis de julio de dos mil cuatro se asignó la posición de atraque al buque-silo Mary Nour para el día siguiente, diecisiete de julio de dos mil cuatro, la lista de acuerdos tomados incluye una nota en la que la Capitanía del Puerto de Tampico informa que está impedida para autorizar el arribo del buque-silo Mary Nour por virtud de una suspensión definitiva concedida por el Juzgado Noveno de Distrito de la ciudad de Tampico Tamaulipas. De lo anterior se desprende que, en el momento que debía pronunciarse sobre la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, tanto la Capitanía del Puerto y el Director General de la APITAM, en lo individual, como la Junta de Programación de Buques en conjunto, se otorgó una respuesta favorable a la solicitud de arribo y asignación de una posición de muelle al Puerto de Tampico. Si bien **esta decisión no prejuzga sobre la viabilidad de la segunda etapa de las operaciones (i.e. la posterior entrada de buques alimentadores para el Mary Nour)**, sí constituye un elemento de convicción respecto de la **viabilidad de la entrada** del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico."*
> [énfasis añadido]

Así las cosas, por un lado (página 345) se señala de que no existen elementos respecto de la viabilidad del proyecto y en la otra (páginas 361) se señala que no existen elementos sobre la viabilidad del proyecto, pero que si existen indicios respecto de la viabilidad de la entrada del buque-silo; es decir, en ambas partes de la resolución se coincide en que no hay elementos respecto de la viabilidad del proyecto por lo que no existe ninguna incongruencia, pero además

en la última de las páginas se hace referencia a la viabilidad de la entrada, no del proyecto, del buque al puerto de Tampico.

A mayor abundamiento, las operaciones del buque silo no sólo tenían que ver con la entrada y el atraco de la embarcación, sino también con el abastecimiento del buque silo por otras embarcaciones.[68] En el primer caso no se identificaron riesgos para las maniobras de entrada y en el segundo caso es en el que tanto el piloto de puerto como el capitán del puerto propusieron realizar un estudio técnico, por ello se afirmó que no se tenían elementos respecto de la viabilidad del proyecto por falta de dicho estudio técnico.

En conclusión, hay elementos de la viabilidad de la entrada del buque y no hay elementos de la viabilidad del proyecto que son cosas distintas y, por tanto, no existe la supuesta incongruencia que refiere la recurrente.

> **6.3.** El proyecto no era viable, lo que dice se acredita con un documento que no fue analizado por la CFC en la Resolución recurrida y que si fue materia de estudio en el OPR, según último párrafo de la foja 123 y primer párrafo de la foja 124, en el que la propia CFC da cuenta de un oficio emitido por el Capitán del Puerto en el cual le niega la entrada al buque-silo *Mary Nour* por los siguientes términos: "*oficio número 104.201.153/4, de fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro, emitido por el Capitán de Puerto de Tampico y dirigido al Juzgado de Distrito que conocía del amparo, por el que le informa que recibió la solicitud de* [redacted] * *Agente Portuario, para la autorización de arribo del Mary Nour al Puerto de Tampico, respecto de la cual el Capitán de Puerto acordó que dicho arribo es una maniobra insegura por la falta de profundidad suficiente en los tramos ocho, siete, seis, cinco, cuatro, tres dos y uno para poder darle la ciaboga al buque que tiene treinta y dos pies de calado.*" Con este documento que la Comisión no valora en la sentencia que se impugna se demuestra que la operación del buque-silo era riesgosa, por lo que es una prueba plena que acredita la inviabilidad de la operación del buque-silo.

El argumento es **inoperante**, ya que no está a discusión si el proyecto era viable o no. De hecho como se dijo en el argumento inmediato anterior, esta CFC señaló en la Resolución recurrida que en efecto se carecían de elementos para determinar la viabilidad del proyecto, por lo que tal situación no fue el motivo por el cual se acreditó o no la práctica monopólica imputada y en consecuencia resulta irrelevante tanto el argumento como el si el proyecto era o no viable. De igual forma, es improcedente que se analice el oficio que refiere la recurrente, pues en nada cambiaría el sentido de la Resolución recurrida, amén de que dicho oficio no obra en el expediente, sino que tal referencia del oficio fue una cita de la sentencia emitida en el juicio de amparo número 666/2004 y su acumulado 703/2004 por el Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Tamaulipas, por lo que resulta igualmente **inoperante** el argumento por cuanto a que esta CFC no valoró el oficio de cuenta.

[68] Véase página 338 de la Resolución recurrida y 89 a 97 del OPR.

*** Art. 31 bis LFCE**

No obstante lo anterior, debe señalarse que el oficio que refiere no niega la entrada del buque-silo, sino que en él se señala que el Capitán de Puerto acordó que dicho arribo era una maniobra insegura. Pero además si se lee en todo su contexto el argumento del OPR se puede observar que tal oficio se analizó en el juicio de amparo promovido por Cemex y de él derivó el que el PJF resolviera que eran inexistentes los perjuicios reales para Cemex. En efecto, en el OPR se señaló:[69]

> "2. ***El Juez realizó el análisis sobre la certeza de los informes de las autoridades señaladas como responsables****, en el sentido de que los actos reclamados son inexistentes. En dicho análisis, el Juez concluyó lo siguiente:*
> *Recurso de inconformidad de Cemex*
> - *En relación a la respuesta del Capitán de Puerto de Tampico al recurso de inconformidad interpuesto por Cemex, en el sentido de que éste no tenía hasta esa fecha -diecisiete de junio de dos mil cuatro- informe oficial de arribo del Mary Nour, éste no produce efectos materiales inmediatos en perjuicio de Cemex.*
> - *Contrario a lo aseverado por la quejosa, la respuesta del Capitán de Puerto no trae como consecuencia un perjuicio real, directo e inmediato a Cemex, pues en ningún momento se autorizó el atraque de la embarcación ni se impidió el uso de su terminal que derivara en una situación de inminente peligro para la vida humana y el medio ambiente.*
> - *La inexistencia de perjuicios reales a Cemex, se corrobora con el oficio número 104.201.153/4, de fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro, emitido por el Capitán de Puerto de Tampico y dirigido al Juzgado de Distrito que conocía del amparo, por el que le informa que recibió la solicitud de [redacted] * Agente Portuario, para la autorización de arribo del Mary Nour al Puerto de Tampico, respecto de la cual el Capitán de Puerto acordó que dicho arribo es una maniobra insegura por la falta de profundidad suficiente en los tramos ocho, siete, seis, cinco, cuatro, tres dos y uno para poder darle la ciaboga al buque que tiene treinta y dos pies de calado.*[70]"

Sin perjuicio de lo anterior, la profundidad del calado a que se hace referencia en el oficio fue motivo de estudio en la Resolución recurrida en los numerales 3.10 y 3.10.1, cuestiones que además no combate la recurrente.[71] En ellos se indica que en total ingresaron ochenta y dos embarcaciones con dimensiones similares al buque *Mary Nour* entre los años dos mil tres a dos mil cinco, y que cuatro de ellas ingresaron al muelle 8, por lo que se insiste el calado y la profundidad no eran obstáculo para la viabilidad del proyecto.

6.4 En la página 362 de la Resolución recurrida, en forma inentendible dice la CFC que Cemex "*promovió los medios de defensa administrativos y judiciales en contra de un acto que sabía inexistente en el momento que sabía estaba próximo el arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico*". Ante éste razonamiento, cómo es posible que se resuelva que el agente económico cometió la práctica monopólica que se le imputó al promover los medios de defensa

---

[69] Véanse páginas 74 de la Resolución recurrida en donde se transcribe el OPR. Asimismo, véanse páginas 123 y 124 del OPR.
[70] Visible a foja 1512 del presente expediente.
[71] Véanse páginas 207 a 211 de la Resolución recurrida.

*** Art. 31 bis LFCE**

administrativos y judiciales en contra de un acto que sabía inexistente en el momento que sabía estaba próximo el arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, en virtud de que no es posible que un acto sea inexistente cuando la propia Comisión deduce que sabía de su existencia.

Asimismo, Cemex señala que a foja 187 segundo párrafo la Comisión señaló que es infundado el argumento de Cemex consistente en la contragarantía que pudieron ofrecer los denunciantes en el juicio de amparo, y con eso evitarse las consecuencias de la suspensión de definitiva y determina que lo que se cuestiona no es la oportunidad de dicha contragarantía, sino la interposición de un amparo en contra de una resolución que Cemex sabía inexistente, toda vez que no había ningún acto de autoridad del cual protegerse. No obstante lo anterior, mi mandante ofreció como prueba la documental privada consistente en la impresión del acuerdo de fecha 16 de agosto de 2004 emitida en el expediente 666/2004 para efecto de probar que los denunciantes tuvieron a su alcance la contragarantía en comento, sin embargo, en una indebida valorización (sic) probatoria de dicha documental, la Comisión a foja 323 por un lado no le otorga valor probatorio y luego a foja 324 si le otorga valor probatorio manifestando que se acredita que se promovió un amparo y que éste se sobreseyó, por lo cual legalmente no es posible que a una misma prueba se le niegue valor probatorio y a su vez, se le otorgue valor probatorio.

El agravio es **infundado**, ya que la recurrente confunde las ideas expuestas en la Resolución recurrida, ya que por principio de cuentas el motivo por el cual se le sancionó, fue por invitar a la APITAM a que no realizara los actos tendientes a autorizar la entrada del buque-silo *Mary Nour* o bien a que le negara la entrada. En este sentido, todos los actos y hechos analizados sólo sirvieron como indicios para acreditar la intención de Cemex de impedir el acceso del buque silo, entre ellas las acciones legales referidas, es decir, esos elementos acreditaron el objeto de la conducta, pues todos los actos realizados tenían una unidad en cuanto a su fin (impedir la entrada del buque silo, inclusive desde la adquisición del cemento en Indonesia y Taiwán); si bien no todos son en lo individual actos *per se* violatorios de la LFCE, de manera concatenada sí permiten concluir que no podía haber otra razón por la cual Cemex invitó a la APITAM que la de impedir el acceso del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico y eventualmente al Puerto de Altamira.[72]

---

[72] Resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial.
No. Registro: 180,829. Tesis aislada. Materia(s): Civil, Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Agosto de 2004. Tesis: I.4o.C.69 C. Página: 1653. ***PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.*** ***La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan****; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un* ***dato objetivo*** *que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal.* CUARTO

Aclarado el punto, el acto inexistente es el que pretendió combatir Cemex ante el Poder Judicial y ante las autoridades administrativas del Puerto y, por su parte, lo que Cemex llama que la CFC "deduce" era existente, es el hecho de que Cemex sabía que el buque estaba próximo a llegar, por lo que son dos cuestiones distintas. Es decir, no existe ninguna contradicción, pues eran inexistentes los actos impugnados (consistentes en la autorización para entrar y atracar al Puerto de Tampico), lo cual resulta independiente del hecho de que conocía el posible arribo del buque. De la lectura integral de la Resolución recurrida, en el apartado que nos ocupa, se puede observar esa diferencia:[73]

> *"b) Medios de defensa utilizados por Cemex ante autoridades del orden administrativo y jurídico mexicanos.- De manera consistente con el elemento anterior, se tiene que si la Planta Padang sabía de la fecha probable para la carga de mercancía al buque-silo Mary Nour, entonces su controladora Semen Gresik y Cemex, como uno de sus accionistas, tenían los medios para conocerla.*
> *Así las cosas, se tienen elementos que acreditan que, por lo menos desde el nueve de julio de dos mil cuatro, Cemex tenía conocimiento del futuro arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, lo que consistentemente preguntaba en las Juntas de Programación de Buques, y en ellas se puede apreciar que Cemex tenía conocimiento del arribo del buque-silo Mary Nour y que tenía mucha preocupación por el paradero de dicho buque y la fecha en la que efectivamente iba arribar al Puerto de Tampico; inclusive tenía la inquietud de saber si iba a ser objeto de una inspección por autoridades federales; es decir, como si lo estuviera esperando. Asimismo, dichas documentales dan cuenta de que efectivamente el Mary Nour había sido autorizado o no había impedimento para permitir el ingreso y atraque del B/M Mary Nour, para llevar a cabo el aprovisionamiento como el mantenimiento propio de la indicada embarcación en los términos que precisó el Juzgado Noveno en la aclaración a la suspensión otorgada a Cemex y se le autorizó el tramo 7.*
>
> *En efecto, por ejemplo en el Acta de la Junta de Programación de Buques API-TAM-GOP-F-07 de fecha nueve de julio de dos mil cuatro[74] se puede apreciar una intervención por parte del representante de Cemex:*
> *[redacted]* * *en uso de la palabra y en representación de [redacted]* * *y Cemex México, S.A. de C.V. y siendo las 12:16 hrs. del 9 de julio 2004 se requirió al Ing. Francisco Martínez, Gerente de Operaciones de la API de Tampico y quien preside la presente junta de programación que informara si tenía conocimiento o si le habían solicitado a la API los servicios para el arribo de la embarcación de bandera panameña "MARY NOUR" a lo que respondió que no y que la API solo tiene conocimiento de lo que el Ing. [redacted]* *...[ilegible]"*
>
> *Adicionalmente, también se tienen elementos que permiten sostener que, por lo menos desde el quince de julio de dos mil cuatro, Cemex tuvo conocimiento de que la fecha de arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico ocurriría el diecisiete de julio de dos mil cuatro; aún cuando la APITAM y la Capitanía del Puerto de Tampico no habían recibido el aviso de arribo correspondiente y manifestaron no tener conocimiento de la fecha de arribo del buque-silo Mary Nour. Esto se observa*

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 964/2004. Constructora Abourmrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2004.

[73] Véanse páginas 359 a 363 de la Resolución recurrida.

[74] *Documento que fue previamente valorado en la consideración séptima de esta resolución como prueba adicional.*

*** Art. 31 bis LFCE**

del señalamiento del acto reclamado en el juicio de amparo con número de expediente 703/2004, documental pública que fue debidamente valorada al analizarse la práctica, en el cual Cemex reclama[75] el acto consistente en la asignación de la posición de atraque en el Puerto de Tampico, para el desembarco del buque-silo de bandera Panameña denominado Mary Nour ordenada por el Capitán de Puerto de Tampico y aprobada por el Director de la APITAM que fuera hecha el quince de julio de dos mil cuatro; y que el arribo de dicho buque se programa por las responsables para el día diecisiete de julio de dos mil cuatro.

De ese escrito de denuncia de juicio de garantías también se acredita que ***Cemex conoció la fecha del arribo del buque-silo Mary Nour*** *al momento de elaborar el escrito de la denuncia de garantías de* ***fecha quince de julio de dos mil cuatro, siendo que la respuesta a la solicitud de atraque fue tomada en fecha posterior, el dieciséis de julio de dos mil cuatro*** *en la Junta de Programación de Buques[76], de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Puertos y sus correlacionada reglas 64 a 66 de las Reglas de Operación del Puerto de Tampico. Es decir, Cemex tuvo los recursos para allegarse de información del aviso de arribo del Mary Nour aún antes de que el asunto fuera presentado ante la instancia operativa correspondiente, la citada Junta de Programación de Buques.[77]*

En la Junta de Programación de Buques del dieciséis de julio de dos mil cuatro se asignó la posición de atraque al buque-silo Mary Nour para el día siguiente, diecisiete de julio de dos mil cuatro, la lista de acuerdos tomados incluye una nota en la que la Capitanía del Puerto de Tampico informa que está impedida para autorizar el arribo del buque-silo Mary Nour por virtud de una suspensión definitiva concedida por el Juzgado Noveno de Distrito de la ciudad de Tampico Tamaulipas. De lo anterior se desprende que, en el momento que debía pronunciarse sobre la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, tanto la Capitanía del Puerto y el Director General de la APITAM, en lo individual, como la Junta de Programación de Buques en conjunto, se otorgó una respuesta favorable a la solicitud de arribo y asignación de una posición de muelle al Puerto de Tampico. Si bien esta decisión no prejuzga sobre la viabilidad de la segunda etapa de las operaciones (i.e. la posterior entrada de buques alimentadores para el Mary Nour), sí constituye un elemento de convicción respecto de la viabilidad de la entrada del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico.
Aunado a lo anterior, Cemex, como integrante del Comité de Operación del Puerto de Tampico tuvo la información y conocimientos necesarios para saber que la decisión sobre la asignación de la posición de atraque no era un acto de la autoridad portuaria (i.e. la Capitanía de Puertos), sino de la Junta de Programación de Buques. Asimismo, Cemex como parte tanto del Comité de Operaciones como de la referida Junta, sabía que la APITAM no había asignado posición de atraque al buque-silo Mary Nour en fecha quince de julio de dos mil siete y, por tanto, no había sido autorizada por la Capitanía del Puerto de Tampico, sino hasta el dieciséis de julio de dos mil cuatro. Por ende, promovió los medios de defensa administrativos y judiciales en contra de un acto que sabía inexistente en el momento que sabía estaba próximo el arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico. Lo anterior denota que la impugnación del arribo del buque-silo Mary Nour fue parte de una estrategia para causar el retraso legal a la entrada del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico.

---

[75] *Escrito por el que la Capitanía del Puerto de Tampico rinde informe justificado en el juicio de amparo 703/2004. Foja 199.*
[76] *Acta de la Junta de Programación de buques API-TAM-GOP-F-07, documento visible en foja 243 del expediente.*
[77] *En el escrito inicial, las denunciantes manifiestan que en el juicio de amparo número 703/2004 presentado ante el Juez Noveno de Distrito del estado de Tamaulipas, Cemex practicó una interpelación ante fedatario público que diera fe de la asignación de muelle al buque-silo Mary Nour en misma fecha que el agente portuario designado por las denunciadas solicitó los servicios de la APITAM para el arribo del buque-silo Mary Nour. Fojas 23 y 24 del expediente.*

A este respecto, como se indicó en el OPR en su oportunidad,[78] esta autoridad no prejuzga sobre el ejercicio de los medios de defensa que Cemex haya promovido en términos de la legislación vigente. Lo que esta Comisión analiza es la conducta de Cemex al hacer uso de sus medios de defensa para allegarse de datos que revelen el interés de ese agente económico respecto de la entrada de un posible competidor en el mercado relevante a través del arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico.[79] Asimismo, las constantes intervenciones de Cemex en las Juntas de Programación de Buques acreditan también el interés de ese agente económico respecto de la entrada de un posible competidor en el mercado relevante a través del arribo del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, así como la eventual prohibición de la entrada al estar considerando inclusive la intervención de autoridades federales a la entrada del buque silo como se observa de las actas valoradas en la consideración séptima de esta resolución.[80]

De la conducta de Cemex al interponer los recursos administrativos y judiciales de defensa previstos en la legislación vigente aplicable, se desprende que ese agente económico afirmó y reclamó hechos que sabía inexistentes con el propósito de obstaculizar, retrasar o impedir el acceso del buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico. A mayor abundamiento, presentó el recurso de inconformidad ante la Capitanía del Puerto de Tampico el ocho de junio de dos mil cuatro en contra de una supuesta resolución sobre la asignación de posición de atraque al Mary Nour, que además, resultó inexistente y que promovió sin ejercer las instancias operativas que las Reglas de Operación del Puerto de Tampico establecen para resolver una situación como la esgrimida por Cemex. Asimismo de esta situación se observa la voluntad de Cemex para interponer demandas de juicios de garantías en fechas cinco y quince de julio de dos mil cinco y solicitar la suspensión de lo que sabía se trataba de un inexistente acto de autoridad, suspensión que obtuvo el doce de julio de dos mil cuatro.[81]

De los efectos para los que fue concedida la suspensión referida, se observa que, al analizar la procedencia de ésta, el Juez consideró la información proporcionada por Cemex en el sentido que el Comité de Operaciones del Puerto de Tampico ya había resuelto sobre la aprobación y/o ejecución del proyecto del buque silo Mary Nour, en su reunión de quince de diciembre de dos mil tres. Lo que

---

[78] *Visibles a fojas 119 a 127 del OPR*

[79] *Resulta aplicable la siguiente tesis judicial:*
No. Registro: 180,829. Tesis aislada. Materia(s): Civil, Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Agosto de 2004. Tesis: I.4o.C.69 C. Página: 1653. ***PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES. La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan****; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un* ***dato objetivo*** *que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 964/2004. Constructora Abourmrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López.*

[80] *Esas actas las presentó la APITAM en respuesta al requerimiento de información DGAJ-10-096-2009-008, para el desahogo de las pruebas adicionales ordenadas por la Comisión. Véanse fojas 12022 a 12285 del expediente.*

[81] *El doce de julio de dos mil cuatro, el Juez de Distrito concedió la suspensión solicitada por Cemex en la primera denuncia de juicio de garantías número 666/2004 de fecha cinco de julio de dos mil cuatro, ingresado el seis de julio de ese año, la cual se dictó el doce de julio de ese mes y año con el efecto de que "(...) no se lleve a cabo la ejecución de la resolución dictada por el Comité de Operación del Puerto del Puerto Tampico el quince de diciembre de dos mil tres (...)". Fojas 216 a219.*

resulta relevante para el análisis de esta autoridad es que Cemex se haya referido a los puntos de acuerdo señalados en el Acta de la Reunión del Comité de Operación del Puerto de Tampico celebrada el quince de diciembre de dos mil tres como resolutivos, teniendo el conocimiento de que no tenían el carácter legal de una resolución de la autoridad portuaria, como lo resolvió en definitiva el Juez de la causa en su sentencia de treinta de noviembre de dos mil cuatro, en la cual determinó la inexistencia de efectos materiales inmediatos de lo discutido por el Comité de Operaciones del Puerto de Tampico en dicha reunión.

Asimismo, se acredita que en la Junta de Programación de Buques celebrada el dieciséis de julio de dos mil cuatro, en la cual participaron el Director General de la APITAM y el Capitán del Puerto de Tampico, se emitió acuerdo por el que se asigna una posición al buque-silo Mary Nour para el día siguiente en el muelle denominado "Recinto Fiscalizado"[82]. De lo anterior se desprende que la entrada, navegación al interior del puerto, las maniobras y los servicios requeridos por el buque-silo Mary Nour eran viables en los términos presentados en el correspondiente aviso de arribo. No obstante lo anterior, en ese mismo acto, también se informó que existía una suspensión en favor de CEMEX, lo cual quedó plasmado en el acta a través de una nota que dice "NOTA: LA CAPITANIA DE PUERTO DE TAMPICO, COMUNICA EN ESTA REUNIÓN QUE POR VIRTUD DE UNA SUSPENSIÓN DEFINITIVA CONCEDIDA POR EL JUZGADO NOVENO DE DISTRITO, ESTA IMPEDIDA PARA AUTORIZAR EN ESTE MOMENTO EL ARRIBO DEL B/M MARY NOUR."
De lo anterior se desprende que si bien Cemex conocía la inexistencia de los actos reclamados, también sabía que el tiempo y costos asociados con el trámite de los procedimientos, el administrativo y los judiciales ya referidos, serían suficientes para retrasar u obstaculizar la entrada de las denunciantes al puerto de Tampico y, con ello, le impediría sustancialmente el acceso de un nuevo participante al mercado relevante y crearía un contexto de incertidumbre para las denunciantes."

En conclusión, resulta claro que no existe ninguna contradicción y el que confunde lo dicho en la Resolución recurrida es la recurrente.

Por su parte, la cuestión relativa a que una sola prueba se le negó valor probatorio y a su vez se le otorga valor probatorio, es **infundado**, ya que en efecto se le negó valor probatorio "*al no contar con una certificación fidedigna de la autenticidad de su fuente y autoría, no puede ser considerado como probatorio de los extremos que se pretenden, con fundamento en los artículos 203, 210-A y 217 del CFPC, supletorios de conformidad con el artículo 1 del RLFCE aplicable*"[83]

También se señaló que, aun en el supuesto hipotético de que se le hubiera concedido valor probatorió y se hubiera analizado, lo cierto es que lo dicho en la impresión que presentó como prueba no hubiera acreditado los extremos pretendidos por la entonces emplazada [que las denunciantes tenían a su alcance la contragarantía], por que dicha impresión no hablaba de tal situación y que, por el contrario, la impresión que adjuntaban si daba cuenta de que se sobreseyó el amparo promovido por Cemex.

[82] *Acta de la Junta de Programación de Buques, número API-TAM-GOP-F-07 y Lista de Asistencia. Fojas 243 y 244 del expediente.*
[83] Véase página 322 de la Resolución recurrida.

En ese orden de ideas, la resolución fue clara en señalar que la prueba carecía de valor probatorio, pero que aun considerándola, no acreditaba los extremos pretendidos por la entonces emplazada, sino, por el contrario, acreditaba en su contra. En efecto, en la resolución se señaló lo siguiente:[84]

> *"10. En cuanto a la prueba* ***DOCUMENTAL PRIVADA*** *marcada con el numeral diecisiete (17) consistente en "impresión del acuerdo de fecha 16 de agosto de 2004 emitida en el contexto del expediente 666/2004", la cual fue relacionada con la contestación que emitió su oferente respecto a los párrafos tercero y cuarto de la página 127 del OPR, a efecto de probar:*
>
> *a. "que es imposible legal y humanamente inferir que el objetivo de Cemex México al promover los amparos fuera el impedir el acceso del buque silo al puerto de Tampico porque tal posibilidad es inexistente en el marco del procedimiento de amparo"*
>
> *El presente medio de convicción, al no contar con una certificación fidedigna de la autenticidad de su fuente y autoría, no puede ser considerado como probatorio de los extremos que se pretenden, con fundamento en los artículos 203, 210-A y 217 del CFPC, supletorios de conformidad con el artículo 1 del RLFCE aplicable.*
>
> *Aún y cuando se concediera el valor probatorio sobre su contenido, el oferente debe saber que el OPR buscaba determinar su actitud procesal y para ello puede basarse en la existencia de los indicios que se desprendan del expediente y la investigación, en términos del artículo 190 del CFPC.*
>
> *Con tal medio de prueba que obra a fojas 11591 a 11604 del expediente no es posible revertir la actitud procesal de la emplazada, ya que en ella solo se observa un resumen de los diversos acuerdos emitidos durante el juicio de garantías y en específico el resumen del acuerdo de diceiseis de agosto de dos mil cuatro, que es el que ofreció Cemex y que se ubica en la columna 16, señala lo siguiente: "CON FUNDAMENTO EN LA FRACCIÓN I, DEL ARTÍCULO 30, DE LA LEY DE AMPARO, SE NOTIFICA POR MEDIOD E LISTA DE ACUERDOS A LA PERSONA MORAL TERCERA PERJUDICADA IRKON, S.A. DE C.V., EL AUTO DE 12 DE AGOSTO DE 2004". En este sentido, ello de ninguna manera puede probar "que es imposible legal y humanamente inferir que el objetivo de Cemex México al promover los amparos fuera el impedir el acceso del buque silo al puerto de Tampico porque tal posibilidad es inexistente en el marco del procedimiento de amparo", como lo sostiene la emplazada. Por el contrario acredita que promovió un amparo y este se sobreseyó atento a lo señalado en la columna 48 que señala: "RESOLUCIÓN. UNICO.- SE SOBRESEE EN EL PRESENTE JUICIO DE GARANTÍAS Y SU ACUMULADO, PROMOVIDO POR CEMEX MÉXICO, S.A. DE C.V. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE."*

Por lo anterior, es falso que se le niegue valor probatorio y a su vez se le otorgue valor probatorio, ya que se le negó el valor probatorio y se señaló que, aun a pesar de que se entrara a su análisis, ésta acreditaba cuestiones distintas a las pretendidas por la entonces emplazada.

6.5. La Comisión vuelve a su afirmación que los medios legales que utilizó Cemex fueron con una finalidad distinta que el contar con un fallo protector, toda vez que no había ningún acto de

[84] *Ídem.*

> autoridad del cual protegerse, ya que estos constituyen el ejercicio legítimo de un derecho de defensa. Asimismo, y contrario a lo que resuelve la Comisión, la finalidad constitucional de la suspensión es preservar la materia del juicio y evitar la ejecución de actos de imposible o difícil reparación, siempre y cuando exista interés suspensional del solicitante y materia para la suspensión, por lo que la misma fue concedida a Cemex para en su caso asegurar una tutela cautelar efectiva que preserve la materia del juicio y la cabal restitución del afectado en sus derechos. Por lo tanto, la suspensión no es un acto tendiente a mantener las condiciones anticompetitivas que, según la Comisión, Cemex genera, sino es una medida cautelar de una situación ya existente que tiene como finalidad evitar que ésta se altere, con independencia de que sean o no inconstitucionales, pues eso es materia del fondo del asunto.

El agravio vertido por Cemex es **inoperante por novedoso** debido a que se refiere a cuestiones no invocadas en la contestación del OPR y, por ende, no resueltas en la Resolución que se impugna. No obstante, esta Comisión manifiesta, como ya se ha señalado a lo largo de la presente, que la práctica imputada es aquella establecida en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, la cual consistió en el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto,[85] lo cual parte del hecho de que Cemex llevó a cabo diversos actos tendientes a impedir el acceso del buque silo Mary Nour, entre ellas las acciones legales referidas.

Así pues, las suspensiones provisionales y definitivas de los actos reclamados concedidas, impidieron la autorización y asignación de un muelle para que atracara el buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico, ya que de las actas de programación de buques se detalla que se asignó un muelle al buque-silo, pero no se pudo autorizar su entrada en virtud de las suspensiones otorgadas a favor de Cemex, tal y como quedó asentado en la respuesta al primer argumento del agravio Quinto.

Por lo anterior, se insiste que no es el hecho de que haya promovido recursos legales contra actos inexistentes por lo cual se viola la LFCE, así como tampoco se consideró que las concesiones de la suspensión provisional y definitiva fueran actos tendientes a mantener las condiciones anticompetitivas, sino el cúmulo de conductas que hicieron patente la intención de Cemex de impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico, lo cual actualizan la hipótesis contenida en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE.

Además, con independencia de si las suspensiones en el amparo sirven o no para preservar la materia del juicio de amparo, lo cierto es que las consecuencias de esas suspensiones impidieron,

[85] Véase página 328 de la Resolución recurrida.

entre las demás conductas desplegadas por Cemex, la autorización y asignación de un muelle para que atracara el buque-silo Mary Nour al Puerto de Tampico.

Novena.- Por lo que hace al agravio **séptimo** la recurrente argumenta lo siguiente:

> **7.1**. Que no existe ni concertación, ni invitación a "varios" agentes económicos y en el supuesto no concedido de que se quiera ver a la APITAM como parte de la práctica, la propia COFECO en la Resolución impugnada acepta que no lo es, según foja 1775, de la misma y menos actuar como autoridad. La APITAM no puede impedir o dejar de actuar para impedir el acceso al barco, en virtud de que es la Capitanía de Puerto la que autorizó el arribo de los barcos, como incluso la propia Comisión lo reconoce.
>
> Para la Comisión, tanto la APITAM como la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos para permitir el arribo y desembarque de buques, es decir, la autorización de arribo y desembarque del buque puede llevarla en forma indistinta tanto la APITAM como la Capitanía de Puertos, esto es absurdo y demuestra un desconocimiento de la Ley de Puertos.
> La autorización oficial de arribo de un barco a un Puerto no es tan ligera como lo interpreta la Comisión, ya que existe una ley que determina claramente las funciones de las autoridades portuarias.

Los argumentos vertidos por la recurrente devienen **inoperantes por reiterativos y por manifestaciones genéricas,** toda vez que repiten los argumentos que plasmó en su contestación al OPR y pretende impugnar lo resuelto por esta Comisión[86] mediante manifestaciones gratuitas, sin que éstas controviertan o combatan las consideraciones hechas por esta autoridad. Por tanto, resulta ocioso entrar de nueva cuenta en su análisis, ya que no explica por qué las conclusiones por las que se determinó que la autorización de arribo y desembarque del buque puede llevarla en forma indistinta tanto la APITAM como la Capitanía de Puertos es absurda, errónea, contradictoria o infundada.

Además, Cemex parte de apreciaciones falsas e incorrectas, pues en ningún momento se sostuvo que la APITAM y la Capitanía de Puertos autorizan el arribo de los barcos, sino que con base en la legislación la APITAM, conjuntamente con la Capitanía de Puertos, **llevan a cabo actos para permitir el arribo y desembarque de buques**, cada una con sus respectivas facultades. En efecto, en la Resolución recurrida se señaló:[87]

> *"Ahora bien, con relación a que la autoridad que cuenta con facultades para autorizar el arribo o entrada de los buques al puerto, es de la Capitanía del Puerto de Tampico, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Puertos y que en cambio la operación portuaria sí corresponde a la APITAM, que*

[86] En particular lo expuesto en el numeral 3, visible a fojas 189 a 192 de la Resolución recurrida.
[87] Páginas 192 y 193 de la Resolución.

comprende la designación del muelle, debe señalarse que precisamente en el OPR se señaló lo siguiente:[88]

"(...) En términos de la fracción VII del artículo 40 de la Ley de Puertos y las Reglas de Operación del puerto de Tampico vigentes en dos mil cuatro,[89] *corresponde a la APITAM entre otras funciones asignar las posiciones de atraque de las embarcaciones, en los siguientes términos:*
"Ley de Puertos
Artículo 40.- Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:
(...)

VII. Formular las reglas de operación del puerto, que incluirán, entre otros, los horarios del puerto, los requisitos que deban cumplir los prestadores de servicios portuarios y, previa opinión del comité de operación, someterlas a la autorización de la Secretaría;
VIII. Asignar las posiciones de atraque en los términos de las reglas de operación;
(...)."

"Reglas de Operación del Puerto de Tampico
(...)
IX. Operar los servicios de vigilancia, así como el control de los accesos y tránsito
"CAPITULO VIII
ARRIBO Y DESPACHO DE EMBARCACIONES
Regla 58.- Solicitud al buque
De acuerdo al código PBIP[90] *el Capitán, el Oficial de Protección del Buque, o el representante del buque deberá proporcionar a la Autoridad Marítima y Portuaria y a la Administración Portuaria el Aviso Previo al Arribo del buque (Advance Notice of Arrival) antes de su llegada a puerto, considerando la siguiente información:*
(...)
Documentos que se deben presentar con la información antes citada:
(...)
5. Requisitar y enviar con 48 hrs. de anticipación al arribo programado del buque, el Formato Advance Notice of Arrival (ANA) (salvo los casos previstos en estas Reglas de Operación del Puerto), a los e- mail designados por la Autoridad Marítima y Portuaria y por esta Administración."

REGLA 67.- Aviso de Arribo
Los armadores, navieros, operadores de buques o sus representantes autorizados en el puerto, de acuerdo a los artículos 45[91] *y 46*[92] *de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y el 66 del*

---

[88] *Páginas 25 y 26 del OPR.*
[89] *Las disposiciones que se citan se mantienen en los mismos términos en las Reglas de Operación vigentes en el dos mil ocho.*
[90] *Corresponde al acrónimo en inglés para denominar The Code for the protection of Ships and the Harbor Facilities cuyo nombre en castellano es Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias.*
[91] *El artículo 45 de la Ley referida define cuándo ocurre el arribo de una embarcación en los siguientes términos: "Se considera arribada, la llegada de una embarcación al puerto o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:*
I. Prevista: la consignada en el despacho de salida del puerto de procedencia;
II. Imprevista: la que ocurra en lugares distintos al previsto en el despacho de salida, por causa justificada debidamente comprobada; y

Reglamento,[93] darán aviso por escrito a la Capitanía y a la Administración, de la llegada de la embarcación, en los términos siguientes:
I. Para el caso de arribadas forzosas o imprevistas, en cuanto se conozcan tales circunstancias.
II. Para el caso de travesías menores de 24 horas, con 12 horas de anticipación como mínimo; y
III. Para los demás casos, con 48 horas de anticipación."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión]

*De lo anterior **se observa claramente que la APITAM, conjuntamente con la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos para permitir el arribo y desembarque de buques**, por lo que su argumento resulta igualmente **infundado**."*
(Énfasis añadido por la Comisión)

Lo anterior también se corrobora en el análisis de las pruebas en dónde la CFC sostuvo que la APITAM y la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos, en sus respectivas facultades, que permiten el acceso del buque, pues en la resolución se señaló:[94]

"De la información señalada se reúnen elementos para acreditar que:

1. *En reunión celebrada el quince de diciembre de dos mil tres, el Piloto del Puerto de Tampico identificó posibles riesgos en la operación del buque-silo Mary Nour. Sin embargo, los miembros del Comité de Operación del puerto no se pronunciaron sobre la procedencia o improcedencia del proyecto. **La APITAM, a quien corresponde asignar las posiciones de atraque, y la Capitanía del Puerto de Tampico, a quien corresponde autorizar el arribo de las embarcaciones y las posiciones de atraque,** acordaron realizar un estudio técnico de la operación para buscar una posición adecuada para el buque."*

7.2. Afirma que el razonamiento[95] se encontró forzado ya que tenía que sostener que el acto de disuasión fue al Director de la APITAM, por lo que tenía que forzar su decisión argumentando

---

III. Forzosa: la que se efectúe por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor en lugares distintos al previsto en el despacho de salida.
Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas forzosas e imprevistas de las embarcaciones."

[92] *El artículo 46 de la Ley referida prevé que es facultad de la Capitanía del Puerto verificar que la autorización o rechazo del arribo de una embarcación al puerto cumpla con la normatividad aplicable en los siguientes términos: "Salvo en el caso de las arribadas forzosas, en la autorización o rechazo de arribo a puerto de embarcaciones, la autoridad marítima requerirá la documentación que establezca el reglamento respectivo, sin que los requisitos en él señalados sean superiores a los que dispongan los Tratados Internacionales. El reglamento correspondiente establecerá un régimen simplificado para las embarcaciones menores.*
La autoridad marítima, en su ámbito de competencia, estará obligada a verificar que en la autorización de arribo a puerto de embarcaciones se respeten las normas aplicables en materia de seguridad en la navegación y la vida humana en el mar, prevención de la contaminación marina, así como las demás que establezcan los Tratados Internacionales."

[93] *El artículo 66 del Reglamento de la Ley Referida establece que el facultad de la autoridad marítima, la Capitanía del Puerto, autorizar el arribo de las embarcaciones al puerto y requerir información sobre el arribo en los siguientes términos: "Para autorizar el arribo de embarcaciones mayores a puerto, la autoridad marítima exigirá: (...)."*

[94] Véase página 343 de la Resolución recurrida.

[95] *SÉPTIMO.- Contrario a lo resuelto por la Comisión, no existe ni concertación con, ni inivitación a "varios" agentes económicos y en el supuesto no concedido de que se quiera ver a la APITAM como parte de la práctica, la misma COFECO en la resolución impugnada acepta que no lo es, según foja 1775 (sic), de la resolución*

que ésta persona conjuntamente con la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos para el arribo y desembarque de barcos. Asimismo, manifiesta que el razonamiento hecho por esta Comisión carece de fundamentación, ya que la misma señala que quien autoriza el arribo de los barcos conforme a la Ley de Puertos (artículo 17) es la Capitanía de Puertos y a foja 344 de la Resolución se establece que la APITAM es a quien corresponde asignar las posiciones de atraque, y la Capitanía del Puerto de Tampico, a quien corresponde autorizar el arribo de las embarcaciones y las posiciones de atraque.

El agravio deviene de **inoperante por novedoso**, ya que tal argumento no fue planteado en su contestación al OPR y que ahora pretende abordarlo, manifestando que el razonamiento de esta autoridad se encontró forzado respecto a que el Director de la APITAM y la Capitanía de Puertos llevan a cabo actos para el arribo y desembarque de barcos. No obstante, el tema de las facultades de la APITAM y de la Capitanía de Puertos se estudió tanto en la Resolución que se recurre como en la presente (numeral inmediato anterior), por lo que en obvio de repeticiones inncesarias deberá estarse a lo señalado en el numeral 7.1 anterior de esta consideración Novena.

Por otro lado, también es **inoperante por manifestaciones genéricas**, ya que solo se limita a decir que fueron forzados los argumentos utilizados por esta autoridad, sin explicar claramente en qué consistió la interpretación forzada que alega.

7.3 Que al ser la APITAM una empresa de participación estatal mayoritaria y formar parte de la Administración Paraestatal, las facultades que señala el artículo 40 de la Ley de Puertos son ejercidos por la Administración Portuaria Integral del Puerto de Tampico con carácter de autoridad, lo cual no se debe confundir con la autoridad que ejerce el Capitán del Puerto quien se encarga de ejercer la autoridad en materia marítima y se constriñe a las operaciones relacionadas con la navegación, estrechamente ligada a la operación portuaria. Asimismo, desempeña funciones en las que claramente actúa como una autoridad pero sin que se encuentren estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo. Por lo anterior, se desprende que la actividad desarrollada por la APITAM fue la asignación de una posición de atraque para el buque en ejercicio de sus funciones por lo que no fungió como un agente económico en términos de la LFCE.

Sin embargo, dentro de los juicios de garantías promovidos, la APITAM fue señalada como autoridad responsable, además de que la Comisión reconoce expresamente que no puede imputársele al Director de la misma una responsabilidad administrativa por omisión en su calidad de servidor público, lo que implícitamente conlleva a la aceptación que tal organismo fungió dentro de los hechos sujetos a investigación en ejercicio de sus atribuciones de autoridad. Por lo que no es posible que la autorización o negativa de arribo al puerto haya sido por el Director de la

---

impuganda, y menos actuar como autoridad. Finalmente la APITAM por si misma no puede impedir o dejar de actuar para impedir el acceso del barco, en virtud de que es la Capitanía de Puerto la que autoriza el arribo de los barcos, como incluso la propia Comisión lo reconoce. Página 59 del recurso de reconsideración de trece de febrero de dos mil trece interpuesto por Cemex.

APITAM y hace inadmisible que se acredite que se intentó disuadir a la misma para negar la entrada al buque, en virtud de que:

i) la Capitanía del Puerto de Tampico es quien tiene las atribuciones legales para autorizar el arribo o entrada a buques;
ii) la APITAM no tiene dentro de sus facultades la entrada o arribo de buques al puerto, de conformidad con el artículo 40 de la Ley de Puertos; y
iii) la operación de navegación es responsabilidad de la Capitanía del Puerto, la cual comprende el arribo, llegada y entrada del buque al canal de navegación del puerto y por otra parte la operación portuaria es responsabilidad de la APITAM la cual comprende la asignación de atraque, es decir, la designación del muelle en el cual posterior al atraque se le prestarán servicios portuarios a la embarcación.

Asimismo, la recurrente establece que una cosa es que se "avise" a la APITAM del arribo y otra es autorizar el mismo, ya que una vez autorizado el arribo por parte de la APITAM le corresponde a ella misma asignar la posición de atraque. Por lo que la supuesta infracción no encuadra en el supuesto legal. Finalmente la APITAM por sí misma no puede impedir o dejar de actuar para impedir el acceso del barco, en virtud de que es la Capitanía de Puerto la que autoriza el arribo de los barcos, como incluso la propia Comisión lo reconoce.

En primer lugar, no compete a esta Comisión resolver sobre la manifestación de la recurrente referente a que a la APITAM se le haya señalado como autoridad responsable en los juicios de garantías. Habiendo hecho dicha salvedad, se califica como **inoperante por reiterativo** la argumentación anterior, ya que repiten sus manifestaciones de su contestación al OPR que no controvierten lo resuelto en la Resolución recurrida.

Esta Comisión resolvió, con relación al carácter con el que estuvo involucrada la APITAM, lo siguiente:[96]

*"**1.- Con relación a la consideración de derecho tercera del OPR**, la emplazada señala en su argumento **(4.)** que la APITAM es una empresa de participación estatal mayoritaria del Gobierno Federal, cuyo Consejo de Administración es presidido por el Coordinador General de Puertos y Marina Mercante de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por lo que forma parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y, por tanto, las facultades que establece la Ley de Puertos son ejercidos con carácter de autoridad.*

La CFC consideró que la APITAM se encuentra relacionada con los hechos investigados bajo el carácter de agente económico. Lo anterior es contradictorio con las constancias del expediente y la naturaleza de la conducta desplegada por la APITAM en el marco de los hechos materia del procedimiento, en los cuales resulta evidente que actuó en su carácter de autoridad y no de agente económico.

[96] Véanse páginas 172 a 175 de la Resolución recurrida.

*El argumento es **infundado**, ya que el OPR es claro en señalar qué carácter tiene la APITAM dentro de la investigación. En efecto, en la consideración Tercera del OPR se señaló, en lo conducente:*[97]

*"(...) 3. **Otras entidades relacionadas con los hechos investigados***

(...)

***APITAM.** Sociedad constituida de conformidad con las leyes mexicanas el catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, mediante escritura número treinta mil noventa y nueve, pasada ante la fe del Licenciado Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, notario público número ciento cincuenta y tres del Distrito Federal.*[98]
Dicha sociedad tiene como objeto social la administración portuaria integral de Tampico, derivado de la concesión del Gobierno Federal, otorgada el treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro, a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (en adelante "SCT"); para el uso y explotación de los bienes del dominio público, la construcción de obras e instalaciones portuarias así como la prestación de los servicios portuarios en el citado puerto, entre otros.
En términos de la fracción VIII del artículo 40 de la Ley de Puertos y de su título de concesión, la APITAM es la encargada de la planeación, programación y desarrollo del puerto. Dicha entidad establece en un Programa Maestro de Desarrollo lo necesario para una eficiente explotación del espacio portuario. El Programa Maestro de Desarrollo autorizado por la Dirección General de Puertos durante diciembre de dos mil tres a abril de dos mil cinco era el "Programa Maestro de Desarrollo 2000-2005".
En términos de la fracción VII del artículo 40 de la Ley de Puertos y las Reglas de Operación del puerto de Tampico vigentes en dos mil cuatro,[99] *corresponde a la APITAM entre otras funciones asignar las posiciones de atraque de las embarcaciones, en los siguientes términos:*
"Ley de Puertos
Artículo 40.- Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:
(...)
VII. Formular las reglas de operación del puerto, que incluirán, entre otros, los horarios del puerto, los requisitos que deban cumplir los prestadores de servicios portuarios y, previa opinión del comité de operación, someterlas a la autorización de la Secretaría;
VIII. Asignar las posiciones de atraque en los términos de las reglas de operación;
(...)."

"Reglas de Operación del Puerto de Tampico
(...)
IX. Operar los servicios de vigilancia, así como el control de los accesos y tránsito
"CAPITULO VIII
ARRIBO Y DESPACHO DE EMBARCACIONES
Regla 58.- Solicitud al buque
De acuerdo al código PBIP[100] *el Capitán, el Oficial de Protección del Buque, o el representante del buque deberá proporcionar a la Autoridad Marítima y Portuaria y a la Administración Portuaria el Aviso Previo al Arribo del buque (Advance Notice of Arrival) antes de su llegada a puerto, considerando la siguiente información:*
(...)
Documentos que se deben presentar con la información antes citada:
(...)
5. Requisitar y enviar con 48 hrs. de anticipación al arribo programado del buque, el Formato Advance Notice of Arrival (ANA) (salvo los casos previstos en estas Reglas de Operación del Puerto), a los e- mail designados por la Autoridad Marítima y Portuaria y por esta Administración."

REGLA 67.- Aviso de Arribo
Los armadores, navieros, operadores de buques o sus representantes autorizados en el puerto, de acuerdo a los artículos 45[101] *y 46*[102] *de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y el 66 del Reglamento,*[103] *darán aviso por escrito a la Capitanía y a la Administración, de la llegada de la embarcación, en los términos siguientes:*

---

[97] *Páginas 24 a 26 del OPR.*
[98] *Fojas 2789 a 2823 del expediente.*
[99] *Las disposiciones que se citan se mantienen en los mismos términos en las Reglas de Operación vigentes en el dos mil ocho.*
[100] *Corresponde al acrónimo en inglés para denominar The Code for the protection of Ships and the Harbor Facilities cuyo nombre en castellano es Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias.*

I. Para el caso de arribadas forzosas o imprevistas, en cuanto se conozcan tales circunstancias.
II. Para el caso de travesías menores de 24 horas, con 12 horas de anticipación como mínimo; y
III. Para los demás casos, con 48 horas de anticipación."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión] (...)"

De lo anterior se observa que la investigación no se inició involucrando a la APITAM como empresa denunciada, sino como otra entidad relacionada con los hechos investigados y más aún en el OPR no se le señala como presunta responsable de alguna conducta violatoria de la LFCE, por lo que es claro que no existe ninguna contradicción como la que refiere Cemex.

No obstante lo anterior, resulta equivocado señalar que si una empresa forma parte de la Administración Pública Federal significa que, por ese simple hecho, deba considerarse como autoridad, ya que su constitución y sus actuaciones se rigen por las leyes mercantiles bajo las cuales fueron creadas.

Esto es, las empresas públicas, como en el caso resultan ser las empresas de participación estatal mayoritaria, no ejercen atribuciones de autoridad, ya que únicamente guardan un vínculo con el Estado.

Sirve de apoyo también a lo anterior el siguiente criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS. NO DEBEN CONFUNDIRSE CON LAS PERSONAS ESTATALES. *Si se toma en consideración que las finalidades de los organismos públicos descentralizados previstas en el artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, al estar referidas a la realización de una actividad prioritaria o estratégica, a la prestación de un servicio público o social y/o a la obtención o aplicación de recursos públicos para fines de asistencia o seguridad sociales, convierten a dichos organismos en ejecutores de objetivos que deben reputarse como fines propios del Estado o como fines públicos, resulta válido calificarlos como "personas*

---

[101] *El artículo 45 de la Ley referida define cuándo ocurre el arribo de una embarcación en los siguientes términos: "Se considera arribada, la llegada de una embarcación al puerto o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:*
I. Prevista: la consignada en el despacho de salida del puerto de procedencia;
II. Imprevista: la que ocurra en lugares distintos al previsto en el despacho de salida, por causa justificada debidamente comprobada; y
III. Forzosa: la que se efectúe por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor en lugares distintos al previsto en el despacho de salida.
Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas forzosas e imprevistas de las embarcaciones."

[102] *El artículo 46 de la Ley referida prevé que es facultad de la Capitanía del Puerto verificar que la autorización o rechazo del arribo de una embarcación al puerto cumpla con la normatividad aplicable en los siguientes términos: "Salvo en el caso de las arribadas forzosas, en la autorización o rechazo de arribo a puerto de embarcaciones, la autoridad marítima requerirá la documentación que establezca el reglamento respectivo, sin que los requisitos en él señalados sean superiores a los que dispongan los Tratados Internacionales. El reglamento correspondiente establecerá un régimen simplificado para las embarcaciones menores.*
La autoridad marítima, en su ámbito de competencia, estará obligada a verificar que en la autorización de arribo a puerto de embarcaciones se respeten las normas aplicables en materia de seguridad en la navegación y la vida humana en el mar, prevención de la contaminación marina, así como las demás que establezcan los Tratados Internacionales."

[103] *El artículo 66 del Reglamento de la Ley Referida establece que el facultad de la autoridad marítima, la Capitanía del Puerto, autorizar el arribo de las embarcaciones al puerto y requerir información sobre el arribo en los siguientes términos: "Para autorizar el arribo de embarcaciones mayores a puerto, la autoridad marítima exigirá: (...)."*

*jurídicas públicas", concepción que no debe confundirse con el de "**personas estatales" que es el carácter con el cual se puede identificar a otras entidades integrantes de la administración pública federal paraestatal, tales como empresas de participación estatal**, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y fianzas, y fideicomisos públicos, pues mientras **estas empresas simplemente guardan un vínculo con el Estado**, aquellos organismos, además, comparten las facultades y las funciones de éste y, especialmente, los fines de interés general. Además, esta diferencia finalista del órgano, de suyo, es **razón suficiente para justificar por qué unas pueden ser dotadas de atribuciones de autoridad, y las otras no.**[104]*

De igual forma fortalece lo expresado por esta autoridad la siguiente tesis:

***ADMINISTRACION PÚBLICA PARAESTATAL. SUS INSTITUCIONES NO FORMAN PARTE DE LA FEDERACION, UNICAMENTE SON AUXILIARES, QUE ACTUAN PARALELAMENTE A ESTA.** Las entidades de la administración pública paraestatal pueden concebirse como instituciones auxiliares de la administración pública centralizada, que actúan paralelamente a ésta, en los términos de los artículos 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 1o. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, con diversos objetivos necesarios o importantes para la satisfacción de necesidades colectivas, sin que pueda afirmarse que dichas instituciones sean órganos del Poder Ejecutivo Federal o partes integrantes de la Federación; contribuye a esta interpretación el análisis de la Ley General de Bienes Nacionales, en la que los bienes que integran el patrimonio de las empresas de participación estatal mayoritaria no son considerados como componentes del patrimonio nacional, ni como bienes del dominio privado de la Federación; lo que resultaría totalmente ilógico si dichas empresas formaran parte integrante del Ejecutivo Federal o de la Federación.*[105]

Sin demérito de lo anterior, en el caso particular lo único relevante es el carácter de la APITAM como proveedor de un servicio que le presta a CEMEX y a los demás usuarios del puerto (como en ese caso lo eran potencialmente los denunciantes), pues como se señaló anteriormente, no se le imputó ninguna conducta contraria a la LFCE en este expediente."

De lo anterior se observa que esta autoridad dio respuesta puntual al argumento de Cemex y que ahora pretende reiterar en este recurso, sin controvertir lo dicho en la Resolución recurrida, por lo que se insiste su argumento deviene en inoperante.

Respecto a que la APITAM desempeña funciones en las que claramente actúa como una autoridad pero sin que se encuentre estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo y que por ello la APITAM en ejercicio de sus funciones no fungió como un agente económico, resulta **inoperante por novedoso y por manifestaciones genéricas**, ya que tal argumento no fue planteado en su contestación al OPR y que ahora pretenden mejorar de

---

[104] *Novena Época. Registro: 187744. Instancia: Segunda Sala. Tesis: 2a. CCXXVI/2001. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XV, Febrero de 2002. Materia(s): Administrativa. Página: 72. Nota: Este texto sustituye al de la tesis número CCXXVI/2001 aprobada en la sesión privada del treinta de noviembre del año dos mil uno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 373.*

[105] *Octava Época. Registro: 800515. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: I. 4o. A. 282 A. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII, Enero de 1991. Materia(s): Administrativa. Página: 109.*

manera extemporánea; además, la recurrente omite señalar cuáles son esas funciones que "claramente" son de autoridad que no están estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo y ante tal circunstancia, aparte de novedoso, resulta inatendible su argumento. Sin perjuicio de que en los numerales 3.4 y 3.8 de esta resolución se señaló que la APITAM si es y puede ser agente económico, por lo que deberá estarse a lo ahí señalado.

Finalmente, con relación a que esta CFC reconoció que no puede imputársele al Director de la APITAM una responsabilidad administrativa por omisión en su calidad de servidor público y que ello implícitamente conlleva la aceptación de que tal organismo fungió dentro de los hechos sujetos a investigación en ejercicio de sus atribuciones de autoridad, el argumento es **inoperante por reiterativo en parte y novedoso en otra**. En la resolución se señaló:[106]

> *"De la transcripción de las tesis[107], así como del contexto en el que fueron citadas, se observa claramente que se mencionaron como criterios para determinar "**cuándo se tienen elementos para tener por constituido un acto de omisión**" y no para determinar si el Director de la APITAM actuó o no como autoridad, por lo que la inferencia que realiza Cemex carece de sustento y, por tanto, su argumento resulta **infundado**. Asimismo, deberá estarse a la respuesta al argumento "**1.- Con relación a la consideración de derecho tercera del OPR**."*

De lo anterior se observa que en su contestación al OPR manifestó la misma inferencia y en la Resolución recurrida se dio respuesta a tal argumento.

Adicionalmente Cemex pretende complementarlo mediante argumentos que no planteó en su contestación al OPR, como lo es el hecho de que el Director de la APITAM haya sido nombrado como autoridad responsable en el juicio de amparo, pues el PJF ni siquiera se pronunció sobre dicha calidad, pero en todo caso, la propia recurrente reconoce que entabló una demanda de amparo en contra de la APITAM, con lo que se evidencia que en efecto quiso persuadir a la APITAM a una determinada conducta.

---

[106] Página 211 de la Resolución.

[107] *No. Registro: 183409, Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Agosto de 2003, Tesis: VI.3o.A.147 A, Página: 1832. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCIPIOS QUE RIGEN SU CONFIGURACIÓN. Y No. Registro: 182,082, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Febrero de 2004, Tesis: 2a./J. 6/2004, Página: 230. SERVIDORES PÚBLICOS. LOS MANUALES DE ORGANIZACIÓN, DE PROCEDIMIENTOS O DE SERVICIOS AL PÚBLICO LES OBLIGAN Y SIRVEN DE APOYO PARA ESTABLECER LA CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN QUE INCURRAN, SIEMPRE Y CUANDO LA ACCIÓN U OMISIÓN PREVISTA EN EL CASO CONCRETO ESTÉ PRECISADA COMO CONDUCTA DE ALGUNO DE ELLOS.*

Por último, cabe señalar que con independencia de las atribuciones de la APITAM y de la Capitanía de Puertos, lo cierto es que en contra de ambos promovió medios de defensa respecto de actos que finalmente fueron inexistentes. Al respecto, en la Resolución recurrida se le señaló:[108]

> "*En cuanto a su argumento de que las acciones legales que promovió fueron para salvaguardar las embarcaciones que llegaban a su terminal, debe decirse que de acuerdo con lo plasmado en el OPR se advirtió que dichos recursos no fueron favorables a Cemex, en atención a que no acreditó su existencia y, por tanto, junto con los demás elementos explicados en dicho oficio en las consideraciones tercera a séptima se concluyó que fueron un instrumento para impedir el acceso de las denunciantes al mercado relevante investigado. En este sentido se ha sostenido que Cemex promovió primeramente un recurso de inconformidad, el cual se resolvió en el sentido de que el acto era inexistente y aun cuando sabía de su inexistencia, promovió el amparo contra el recurso de inconformidad, el cual también se resolvió infundado ante la inexistencia de los actos y más aún en el amparo se le señaló que carecía de interés, porque de existir los actos, éstos no le depararían perjuicio alguno. De lo anterior que no pudiera con las acciones legales que promovió salvaguardar las embarcaciones que llegaban a su terminal.*"
>
> (...)
>
> "*Son* ***infundados*** *los argumentos, ya que el recurso de inconformidad se interpuso contra una resolución inexistente, tan así fue que en la respuesta se le informó que no existía oficialmente un acto por el cual se conociera siquiera el arribo del buque-silo y mucho menos su autorización para arribar al puerto y, posteriormente, se sobreseyó el amparo por no existir tal documento. Pero además, resulta que Cemex carecía de interés jurídico para interponer el amparo, ya que los actos por los cuales se amparó, no le deparan perjuicio alguno.*"

Por lo demás, los argumentos respecto de la facultad de la APITAM y de la Capitanía de Puertos fueron debidamente abordados, tanto en la Resolución recurrida como en la presente (numeral inmediato anterior), por lo que en obvio de repeticiones innecesarias deberá estarse a lo señalado en el numeral 7.1 anterior de esta consideración Novena.

> **7.4.** No obstante, señala que el artículo 4 de la LFCE es aplicable al caso, el cual señala que no son monopolio las actividades que el Estado ejerza de forma exclusiva en áreas estratégicas acorde al párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución y que quienes tengan a su cargo esas funciones solo estarán sujetos a la LFCE respecto de actos no comprendidos en las áreas estratégicas. Con base en lo anterior, la recurrente sostiene que la operación del puerto para asignar posiciones de atraque y el autorizar el arribo de embarcaciones, al ser un área estratégica, no está sujeta a la LFCE y por tanto no pueden considerarse que en su actuación puedan dar lugar a configurar una práctica monopólica.

Nuevamente deviene de **inoperante por novedoso**, ya que manifiesta cuestiones que no fueron expuestas en su contestación al OPR y, por ende, no fueron analizadas por esta Comisión en la

[108] Véanse páginas 185 y 186 de la Resolución recurrida.

Resolución que se impugna. Sin embargo, es de destacarse que resulta incorrecto su argumento respecto a que la operación del puerto para asignar posición de atraque y autorizar el arribo de embarcaciones no están sujeta a la LFCE, por ser actividades que el Estado ejerce de forma exclusiva en áreas estratégicas de acuerdo con el artículo 28 constitucional y 4 de la propia LFCE, ya que en primer lugar en ninguna de los dos disposiciones de ambos ordenamientos legales se incluye lo referente a asignación de posiciones de atraque ni arribo de embarcaciones, por lo que la interpretación hecha a estas disposiciones jurídicas no es correcta.

En efecto, el párrafo cuarto y parte del séptimo del artículo 28 constitucional señala:

> "(...) *No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.* (...)"

> "(...) *No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes.* (...)"

Por su parte, el artículo 4 de la LFCE señala:

> "***ARTÍCULO 4.*** *Para los efectos de esta Ley, no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 constitucional.*
>
> *No obstante, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en los supuestos del artículo constitucional referido.*"

De lo anterior se observa que las áreas estratégicas que señala la Constitución y que refiere la LFCE son: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, acuñación de moneda y emisión de billetes y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. En ese orden de ideas, si la actividad de la APITAM, según refiere la recurrente, es la asignación de posiciones de atraque y arribo de embarcaciones, resulta entonces que no se encuentra dentro de las áreas estratégicas, como lo sostiene, por lo que su planteamiento es incorrecto.

Además, la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VI, de la LFCE no se imputo ni se sancionó a la APITAM y mucho menos al Estado, sino que se sancionó el acto

realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto.

> **7.5.** Por último, argumenta que el razonamiento que obra en el punto 2.4 de la resolución le causa agravio, donde se dice que Cemex intervino en las cotizaciones hechas por el GUA, así como lo relativo a la entrega de dinero para solventar un embargo practicado por el IMSS o algún acuerdo para construir una terminal, causa agravio que en el OPR se afirmen declaraciones y señalamientos sin que exista prueba alguna o haga presumible tal. Que no debió la Comisión declarar los argumentos de infundados sin haber probado plenamente en autos esos señalamientos, aún y cuando no constituyan hechos que se imputen a mi mandante.

De igual forma deviene **inoperante por abundar en sus manifestaciones** expuestas en su contestación al OPR y **por no justificar la trasgresión.**

Sus argumentos fueron debidamente respondidos en la Resolución recurrida y no formula agravios que tiendan a atacar o controvertir la resolución. En efecto, esta Comisión argumento lo siguiente:[109]

> *"El argumento es **inoperante**, ya que a foja 144 del OPR se señala que de lo recabado en la investigación no hay elementos para inferir que Cemex haya tenido los medios para disuadir al GUA de incrementar la cotización a las denunciantes por la prestación de descargas de mercancía a granel. En este sentido, ningún agravio le puede deparar a Cemex que se haya señalado en el OPR que intervino en las cotizaciones hechas por el GUA, así como lo relativo a la entrega de dinero para solventar un embargo practicado por el IMSS, ya que en el OPR no se hace una imputación por tales hechos."*

De lo anterior se observa que Cemex se agravió de algo que no le deparaba perjuicio, pues no se le hizo ninguna imputación y ahora pretende agraviarse nuevamente, sosteniendo que se debió probar algo que no se le imputó ni en el OPR, ni en la Resolución recurrida y sin manifestar cuál es el agravio que esto le causa; además de que resulta absurdo que esta autoridad esté obligada a probar que Cemex no hizo algo que no se le imputó.

Décima.- Respecto al **agravio octavo**, Cemex alega lo siguiente:

> **8.1.** La Comisión hizo una indebida valorización (sic) de la prueba del oficio número APIT-D.G-0755/2004 del veintiséis de mayo de dos mil cuatro emitido por el Director General de la APITAM el señor Rafael Meseguer Lima al Ing. César Patricio Reyes Roel, Coordinador General de Puertos y Marina Mercante de la SCT donde se le informaba que había sostenido una reunión

[109] Véase página 186 de la Resolución recurrida.

con representantes de Cemex en Monterrey, Nuevo León, relativa al proyecto de inversión en el Puerto de Tampico.

Dicha indebida valoración recae en que la Comisión le dio valor probatorio independientemente de la objeción de Cemex derivada de la respuesta por parte de la SCT en el sentido de que no encontraron en sus archivos el mencionado oficio, y a pesar de que dicha autoridad no lo localizó, lo cierto es que obra en el expediente una copia certificada del mismo y en el que se puede observar el sello de recepción de dicha empresa. Sin embargo, la recurrente sostiene que dicha conclusión carece de sustento, pues la objeción parte de que nunca se recibió el oficio por parte de la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante de la SCT y esta Comisión señala que dicha Coordinación General fue la que no lo ubicó en sus archivos.

Y en función de la incidencia de falsedad de documentos, argumenta que la firma con que fue suscrito el oficio número APIT-D.G. 075512004, atribuida al Ing. Rafael Meseguer Lima, es a simple vista evidentemente disímil y presenta rasgos absolutamente diferentes a aquella que el Ing. Meseguer plasmó ante la presencia del C. Director de Investigaciones Leonardo Lovola Vogel y los testigos de asistencia Claudia Brambilla Ramírez y Ana Ruth Solano Fragoso, en su comparecencia ante la Comisión Federal de Competencia en fecha 24 de noviembre de 2006. Lo que necesariamente lleva a sostener que dicha firma es FALSA y en consecuencia, el oficio número APIT-D.G. 075512004 es igualmente FALSO.

Esta prueba constituyó un elemento de convicción que influyó en el sentido del fallo, necesario para acreditar el punto referente a que Cemex hizo una invitación a la APITAM, con el propósito de disuadiría para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico, o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque a ese mismo puerto.

Bajo la misma línea la recurrente continúa diciendo en su agravio en cuanto a la comparecencia ante la Comisión del Sr. Meseguer que la carta que realizó él manifestando lo ocurrido en la reunión la entregó a los promotores del proyecto pero desapareció del expediente, respecto a lo cual Cemex alega que dicha carta fue entregada a los denunciantes como los promotores del proyecto y no así a la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante el veintiocho de mayo de dos mil cuatro; aunado a ello, al no tener la autoridad portuaria el original de la certificación notarial que obra en autos (a solicitud de la APITAM) fue con base al acuse de recibido del supuesto original. Por lo tanto, la objeción a dicho documento lejos de carecer de sustento se encontró fortalecido al no seguirse el procedimiento adecuado para la reposición de dicho documento, ya que no puede afirmarse que su contenido coincida plenamente con su original puesto que no estaba a disposición de la APITAM.

En dicho documento objetado e impugnado de falso por Cemex, se mencionó que lo supuestamente manifestado por el Ing. Tello Peón fue "sumamente nebuloso" para el Ing. Meseguer Lima, lo que evidencia que no comprendió el contenido de la plática que tuvo con el Ing. Tello Peón, pues el signficado de nebuloso es "falto de lucidez y claridad, difícil de comprender".

> En ese orden de ideas, los medios probatorios tienen una importancia esencial dado que su función es formar el convencimiento de la Autoridad sobre la verdad de los hechos litigiosos, los cuales se rigen de acuerdo con los principios de pertinencia y de utilidad; el primero de ellos implica que la prueba debe ser idónea para llegar al conocimiento de la verdad, mientras que el segundo significa que su empleo se justifica en la medida que conduzca a lograr lo que se pretende.
>
> Y reiterando, los artículos 215 y 216 del código citado deja la apreciación de la prueba testimonial al arbitrio de la Comisión, quien no puede considerar probados los hechos sobre los que versó cuando no haya por lo menos dos testigos en los que por su edad, capacidad e instrucción, declaren de ciencia cierta, esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciado el acto o visto el hecho material sobre el que deponen; que sean uniformes no sólo en la sustancia sino en los accidentes del acto que refieren o aun cuando no convengan en éstos, que no modifiquen la esencia del hecho y den razón fundada de su dicho, se debe destacar que no exista duda ni reticencia en la declaración del testigo.

Los argumentos expuestos por Cemex resultan **inoperantes por reiterativos**, pues en los numerales 3.11 y 8.3 de la Resolución recurrida, se dio respuesta a tal argumentación.[110] En ellos se señaló que era falso que se haya manifestado que no se recibió el oficio, sino que no lo localizaban en sus archivos y como la objeción de Cemex partía de un supuesto equivocado su objeción carecía de sustento.

Por otra parte, en el apartado de valoración de pruebas de la Resolución recurrida se señaló que a la prueba consistente en la copia certificada del oficio número APIT-D.G. 0755/2004 se le concedió valor probatorio de conformidad con los artículos 93, fracción II, 129, 130, 197 y 202 del CFPC y también se dijo que a pesar de que la SCT no localizó el oficio, lo cierto es que obra en el expediente una copia certificada del mismo aportada por la APITAM en su contestación al requerimiento de información DGIPMR-10-096-2008-149 y en él se puede observar el sello de recepción de dicha dependencia.[111]

Asimismo, se advierte que son **inoperantes por abundar en sus manifestaciones** ya que tratan de complementar los argumentos expuestos en su contestación al OPR al señalar que para demostrar que los hechos referidos en ese oficio se debió de haber remitido al oficio de requerimiento DGIPMR-10-096-2008-149 que otorgó la propia APITAM el treinta de abril de dos mil ocho en la que aclara y precisa que el original fue entregado a la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante el veintiocho de mayo de dos mil cuatro, ya que eso no lo argumentó en su momento, pero en todo caso, la propia APITAM manifestó en la respuesta al requerimiento referido, y así lo reconoce Cemex, de que el oficio fue recibido por la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante el veintiocho de mayo de dos mil cuatro,

[110] Véanse páginas 211 a 217, 256 y 257 de la Resolución recurrida.
[111] Página 336 de la Resolución recurrida.

con lo que se concluye nuevamente que la objeción que en su momento planteó Cemex respecto de dicho oficio es infundada.[112]

Según Cemex, tal instrumento (el oficio número APIT-D.G. 0755/2004) carece de todo valor probatorio por tratarse de simples manifestaciones unilaterales efectuadas por tal persona sin que exista otra prueba que pueda adminicularse válidamente para crear convicción, con tal instrumento únicamente puede probarse que el Director General de la APITAM hizo tales manifestaciones pero no acredita los hechos referidos; sin embargo, resulta del todo **infundada** su aseveración, ya que en la Resolución recurrida sí existen pruebas adminiculadas con relación al oficio referido, lo que permite darle valor probatorio. Al respecto en la Resolución recurrida el oficio se adminiculó con dos comparecencias:[113]

> *"**3. Cemex hizo una invitación a la APITAM** con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary-Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.*
>
> 2. ***DOCUMENTAL PÚBLICA:** consistente en copia certificada del oficio número APIT-D.G. 0755/2004 fechado el veintiséis de mayo de dos mil cuatro, emitido por el Director General de la APITAM[114] y en el que informó al entonces Coordinador General de Puertos y Marina Mercante de la SCT que el veinticinco de mayo de dos mil cuatro, el entonces Director General de la APITAM, Rafael Meseguer Lima, sostuvo una reunión con representantes de Cemex en Monterrey, Nuevo León, relativa a un proyecto de inversión en el Puerto de Tampico.*
>
> *(...)*
>
> 3. ***COMPARECENCIA:** realizada en fecha veinticuatro de diciembre de dos mil seis rendida por el Director General de la APITAM ante la Comisión,[115] en la que se tuvo conocimiento de que en el trascurso de esa reunión el entonces vicepresidente de planeación estratégica de **Cemex**, [redacted] **manifestó de manera expresa e insistente su intención de impedir y/o parar el proyecto de buque-silo Mary Nour** en los términos que se señalan a continuación:*
>
> *(...)*
>
> *C) **COMPARECENCIA:** del veintidós de septiembre de dos mil ocho rendida por el [redacted] en su calidad de empleado de Cemex y en la que señaló:[116]*
>
> *(...)*
>
> *En este sentido, todas las pruebas adminiculadas permitieron acreditar lo siguiente:*

---

[112] Véanse fojas 9190 a 9193 y 9217 a 9222 del expediente DE-017-2006 (Tomo XIII).
[113] Véanse página 337 a 341 de la Resolución recurrida.
[114] *Visible en fojas 9218 a 9221 del expediente.*
[115] *Visible en fojas 7114 a 7123 del expediente (Tomo XI).*
[116] *Fojas 10030 a 10035 del expediente (Tomo XIII).*

*** Art. 31 bis LFCE**

1. La existencia de la reunión celebrada el veinticinco de mayo de dos mil tres entre el Director General de la APITAM y [redacted] * *en el cual hablaron sobre el proyecto del buque-silo Mary Nour.*

2. Cemex, a través del área encargada de compilar y procesar información estratégica para el grupo como insumo para la toma de decisiones, dirigida por [redacted] * *desde dos mil tres, identificó el proyecto del buque-silo Mary Nour como un riesgo para los intereses de la empresa, bajo el argumento de que dicho proyecto podría obstaculizar sus operaciones desde el arribo de la embarcación al puerto de Tampico.*

3. En la reunión referida tuvo lugar una conversación entre [redacted] * *empleado de Cemex, con el Director General de la APITAM con el objeto de invitarlo a que apoyaran a Cemex a impedir la operación del buque-silo Mary Nour a lo cual el Director General de la APITAM que resultaba incompatible con sus funciones. (...)"*

De lo anterior se observa que el oficio se valoró de manera adminiculada, por lo que siguiendo con la lógica argumentativa de Cemex, el oficio al haber sido adminiculado sí tiene valor probatorio.

Finalmente respecto a su nueva objeción a la certificación del oficio APIT-D.G- 0755/2004 debido a que no se siguió el procedimiento adecuado para la reposición de dicho documento, el argumento como la objeción son **inoperantes por novedosos**, pues en la contestación al OPR la recurrente no planteó la objeción de la certificación del oficio y, por ende, en la Resolución recurrida no se abordó tal objeción, y al ser el presente recurso un medio a través del cual se revisa lo resuelto en el expediente de origen, resulta inatendible todo aquello no manifestado y abordado en su momento y con la oportunidad debidas. Luego entonces, no es posible que Cemex pretenda ejercer derechos procesales que ya han precluido, pues esta autoridad no está facultada para abrir etapas procesales después de concluidas, en términos de los artículos 288 y 291 del CFPC.

8.2. Asimismo, en dicha comparecencia (veinticuatro de noviembre de dos mil seis, dos años y medio después del supuesto encuentro con el [redacted] * se destaca una declaración inconsistente lo cual hace suponer un aleccionamiento del deponente, ya que el Sr. Meseguer Lima cambió radicalmente el contenido de lo manifestado en el supuesto oficio APIT-D.G.0755/2004 pues afirmó que el [redacted] * "*... comentó que sabía que había un proyecto en Tampico de gente que trataba de traer cemento. Me dijo que no les iban a dejar traer el cemento. No podemos permitir una competencia del exterior en cemento...*" las cuales son totalmente disímbolas con lo que Meseguer Lima dice haber manifestado por escrito.

Sin embargo, Cemex alega que la declaración de un testigo después de un tiempo prolongado no resulta verosímil en virtud de que atento a los principios que rigen el testimonio, el recuerdo de los hechos que puedo haber presenciado se vio afectado por el transcurso del tiempo. Asimismo, derivado de su declaración se extrae que la preocupación del señor [redacted] * era a título personal, ya que de lo contrario se convertiría en un fracaso no para la empresa, sino para lo que él supone que en su responsabilidad, es decir, se convertiría en su falla, lo cual desde su

*** Art. 31 bis LFCE**

perspectiva constituiría un revés en su larga trayectoria. Por lo tanto, no se puede advertir que el [redacted] manifestó de manera expresa e insistente su intención de impedir y/o parar el proyecto del buque-silo *Mary Nour* por lo que la Comisión viola la debida valorización (sic) de la prueba testimonial, ya que la Comisión estaba obligada a valorizarla mediante tres posibilidades: i) la que se vea en la necesidad de atribuir a la prueba el valor que la ley establece, conocida como prueba legal o tasada; ii) libremente según su arbitrio atribuya a la prueba el valor que en conciencia y sano juicio deba tener, conocida como de libre apreciación de la prueba o sistema mixto y iii) la que dentro de ciertas limitaciones pueda libremente apreciarla en conciencia.

Por lo anterior, y respecto al primer tipo de valorización (sic) de la prueba, Cemex argumenta que en tratándose de un solo testigo conforme al artículo 216 del CFPC sólo hace prueba plena cuando ambas partes convengan expresamente en pasar su dicho, lo cual no acontece en este caso, ya que refutaron en su contestación la declaración del Sr. Meseguer y no existe constancia en autos de que las partes hayan convenido expresamente en pasar por su dicho, por lo que ese testimonio es insuficiente para demostrar lo que pretender acreditar la Comisión.

En cuanto al segundo tipo, se basa en la circunstancia que la autoridad forme su convicción respecto de la verdad de los hechos empleando la lógica, la experiencia y el conocimiento, por lo que la Autoridad se encuentra obligada a motivar el criterio en que basa su apreciación la cual únicamente puede versar sobre los sentidos del testigo y para el caso no se advierte que el Sr. Messeguer haya declarado que el [redacted] manifestó de manera expresa e insistente su intención de impedir y/o para el proyecto de buque silo *Mary Nour* como lo sostuvo ilegalmente esta Comisión al valorizar la testimonial ya que el testigo habla a título personal y no en nombre de la empresa denunciada.

Respecto a la primera parte del anterior argumento deviene **<u>inoperante por reiterativo y por abundar en sus manifestaciones</u>** plasmadas en su contestación al OPR, las cuales fueron debidamente contestadas en la Resolución recurrida sin que combatan las consideraciones ahí expuestas. En efecto, en la resolución se señaló:[117]

> *"**3.11** Cemex señala que [redacted] no es ni ha sido representante de Cemex México y señala que la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante ya informó a esta Comisión que el oficio APIT-D-G-0755/2004, a través del cual se da cuenta de lo manifestado por el [redacted] al Director General de la APITAM, nunca fue recibida por dicha autoridad, por lo que su veracidad es objetada, así como su valor probatorio.*
>
> *Señala que al referirse en el oficio lo dicho por el Director General de la APITAM de que el mensaje fue nebuloso, se evidencia que el Ing. Messeguer Lima no comprendió a cabalidad el mensaje que le dio el [redacted] y percibió que se trataban de comentarios hechos por él a título personal. Respecto a la mención de que se retiraría el apoyo si el buque-silo permanecía operando en el Puerto de Tampico, debe decirse que lo anterior no constituye una amenaza creíble, pues Cemex México sólo representaba el 8.17% del movimiento de carga en Tampico.*

[117] Véanse páginas 212 a 218 de la Resolución recurrida.

Abunda que es falso que algún representante de Cemex o cualquier filial, haya recibido instrucciones para comunicarse con el Director de la APITAM para los efectos que se mencionaron.

El Director de la APITAM cambió su dicho en el oficio APIT-D.G.0755/2004, de lo mencionado en su comparecencia, pues en ésta especificó que se trataba de "un proyecto en Tampico de gente que trataba de traer cemento. Me dijo que no les iban a dejar traer el cemento" mientras que en el citado oficio señala que se refirió a cuestionamientos "sumamente nebulosas", por lo tanto, se observa que hay una declaración inconsistente, lo cual hace suponer un aleccionamiento o una variación en su declaración y percepción de los hechos debido al transcurso del tiempo, ya que compareció ante la CFC dos años y medio después de que tuvo lugar el encuentro con el Ing. Jorge Tello Peón.

Además el Director de la APITAM tenía animadversión hacia Cemex México, derivado de una denuncia que el representante legal de Cemex México presentó en contra de tal funcionario ante el OIC de la APITAM.

*Son **infundados** los argumentos, ya que por un lado nunca se ha dicho que el [redacted] sea representante de Cemex, sino empleado*[118] *y si bien es cierto que [redacted] no es representante de Cemex México, también lo es que sí era empleado de una empresa subsidiaria de esta. En efecto, el [redacted] fungía como Vicepresidente de Desarrollo de Información Internacional de Cemex Central y resulta evidente que representaba los intereses no solo de una empresa, sino del Grupo Económico en general, tan es así que en la plática que sostuvo con el Director General de la APITAM no se habla de una empresa en particular del grupo, sino en general del Grupo Cemex, a la que pertenece Cemex. Además, la reunión se sostuvo en las oficinas de Cemex México y así lo manifestó el propio [redacted] tal y como se advierte de lo siguiente: "Al respecto, [redacted] precisó: "10.- Mencione si conoció al C. Rafael Meseguer Lima, quien fuera Director de la Administración Portuaria Integral de Tampico ... cuando sucedieron los acontecimientos en torno al buque silo "Mary-Nour". "Sí lo conocí, creo que en el año 2004, en las instalaciones de Cemex México en Monterrey, Nuevo León ..." "la reunión se sostuvo en una sala de juntas con gente de Planeación de CEMEX México, encargada de evaluar este tipo de proyectos. Esta es la única reunión que tuve con él. La información pública que sobre este tema se llegó a difundir no me merece ningún comentario."*[119]

Por otro lado, resulta falso que la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante haya manifestado que nunca se recibió dicho oficio; más bien señaló que no lo ubicó en sus archivos, lo que es totalmente distinto. Además, en el expediente obra una copia certificada del oficio en donde aparece un sello de recibido por parte de la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante de la SCT, por lo que su objeción y valor de dicho oficio que manifiesta la emplazada cae por su propio peso; es decir, si su objeción parte de que supuestamente la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante de la SCT nunca recibió el oficio y se ha visto que eso es falso, entonces su objeción carece de sustento y, por tanto, el oficio será valorado en el apartado correspondiente de la presente resolución. Corrobora lo anterior lo señalado en el OPR:[120]

---

[118] *En la página 109 de la OPR se señaló: "Con el propósito de verificar los hechos relatados por el Director General de la APITAM, la Comisión citó a comparecer al [redacted] en su calidad de empleado de Cemex."*
[119] *Página 110 del OPR y acta de comparecencia visible a fojas 10030 a 10035 del expediente.*
[120] *Página 108 y 109 del OPR.*

*** Art. 31 bis LFCE**

"(...) El oficio suscrito por el Director General de la APITAM referido en párrafo anteriores, fue proporcionado por la APITAM en copia certificada a la Comisión, del cual se observa un sello de recibido en la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante de la SCT, de fecha veintiocho de mayo de dos mil cuatro. Dado lo anterior, la Comisión requirió a la SCT que informara sobre las acciones o tratamiento que hubiere dado a esta información[121]. Al respecto, la SCT comunicó mediante oficio 7.1.860/2008, ingresado ante la Comisión el siete de mayo de dos mil ocho, lo siguiente: "(...) una vez realizada una exhaustiva y minuciosa revisión y búsqueda en el sistema de control de gestión del área de control de Gestión de la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante, no se localizó en los registros de la misma, ninguna información o registro alguno sobre el oficio No. APIT-D.G.0755/2004."[122] (...)"

*Por otro lado, con relación a que el mensaje fue neboluso y que el Director General de la APITAM no comprendió a cabalidad el mensaje, resulta falso, ya que el oficio señala lo siguiente: "El [redacted] * dedicó mas [sic] de una hora de sus comentarios finales a una serie de cuestiones en forma sumamente nebulosa, siempre eludiendo ir directamente al grano por no saber como [sic] abordarlas pero de todo lo cual saco [sic] en claro lo siguiente: (...)"; es decir, que la forma de conducirse del [redacted] * fue un poco nebulosa por no saber cómo abordar el tema, pero que* ***sacó en claro*** *lo siguiente:*

"(...) A él le preocupa en grado extremo el asunto del buque silo que llegará en breve a este puerto; acerca del cual nosotros nos abstuvimos de hacer ningún comentario.

Reconoce que ni la administración del Puerto, ni la Coordinación de Puertos pueden impedir que el buque en cuestión arribe y lleve adelante su operación. Sin embargo, insinúa que le gustaría que le apoyamos [sic] en forma segada [sic] a impedir esta operación. A lo cual expresé con toda claridad y precisión que su propósito es incompatible con nuestra función de responsable de una parte de la Administración del sistema Portuario Mexicano.

Señaló insistentemente en que están promoviendo una serie de actividades para favorecer el movimiento de cabotaje en apoyo del puerto de Tampico y que estarían dispuestos a seguir haciéndolo con el propósito de hacernos ver la enorme importancia que puede tener su disposición para defender su hegemonía en el mercado. Pero también lanzó la amenaza velada de que todo ese "apoyo" se podría venir abajo si el citado buque-silo permanecía operando en Tampico.

Nosotros le expresamos que los promotores del proyecto que les preocupa llegaron a nuestro puerto "por su propio pie", que nosotros solo les estamos dando acogida como lo haríamos con cualquier otro empresario que tuviera interés en utilizar nuestras instalaciones, de modo que corresponde a ellos; es decir, a CEMEX, buscar la mejor forma de resolver este asunto y que nosotros estamos plenamente concientes [sic] de que ello significa un inconveniente para su intención de seguir ejerciendo un muy cerrado control en el mercado nacional de cemento.

---

[121] *Requerimiento número DGIPMR-10-096-2008-150, de fecha catorce de abril de dos mil ocho.*
[122] *Foja 9256 del expediente.*

*** Art. 31 bis LFCE**

Como los temas estaban adquiriendo un matiz que no debía seguirse analizando en presencia de los funcionarios que nos acompañaban, convenimos en reunirnos el propio [redacted] * *y yo en otra sala. Lo cual hicimos de inmediato, en donde yo le sugerí que debían ser producentes en sus acciones, puesto que por tratarse de una empresa tan grande, está a la vista de todo el mundo, o sea que no pueden pasar inadvertidas sus acciones y ello, no obstante su fortaleza les hace vulnerable ante la opinión pública. También le señalé que ser (...) imposible que un volumen tan pequeño como el que podrían manejar el buque-silo significar (...) daño para sus intereses, puesto que se trataría seguramente de una pequeña fracción de la producción de cualquiera de sus plantas, con lo cual estuvo de acuerdo, pero es evidente que, al margen del efecto que ello pudiera ejercer sobre la participación de CEMEX en el mercado, la preocupación del [redacted]* *es que no parar el proyecto de buque-silo se convertirá en un fracaso, no para la empresa, sino para lo que él supone que es su responsabilidad; en otras palabras, se convertiría en su falla, lo cual desde su perspectiva constituiría un revés en su larga trayectoria. El problema, en resumen, es que él está ligando un problema empresarial en un asunto de carácter estrictamente personal.*

Cuando las circunstancias lo permitan, él deberá evaluar el efecto real de la operación de esa pequeña competencia y entonces podrá tomar la decisión que mas [sic] convenga. Sin embargo, parece empeñado en salvar su "prestigio personal" y continuar poniendo obstáculos multicitado proyecto.

También le mencioné el hecho de que tenemos conocimiento de que en breve se dará por concluido el "embargo" que el gobierno de los EE.UU. ha decretado en contra de importación de cemento mexicano por "dumping" y que ello se traducirá en una enorme posibilidad de negocios para le empresa, de tal modo que el asunto del buque-silo [sic] "peccata minuta", a lo que respondió con la convicción de que se proponen sacar provecho de la suspensión del referido embargo.

Me comentó que le preocupa grandemente el asunto del proyecto de manejar "clinker" de competencia por Altamira, con lo cual me confirmó que dispone de una buena red de informadores y amenazó que en caso de que se lleve a cabo ese proyecto retiraría "todo apoyo a la importación de coke por ese puerto". A lo cual no hice mas [sic] comentarios que señalar que cualquier proyecto de esa naturaleza en Altamira tomaría mucho tiempo para construir los muelles de [sic] necesarios y los mecanismos de manejo de materiales necesarios.

Trató asimismo de obtener mi opinión acerca de la imagen que tengo del Coordinador Puertos y le expresé que se trata de una persona sumamente franca, con la agresividad verbal de cualquier "norteño", pero sumamente sensible desde el punto de vista político insistí en que con él hay que ser preciso, porque no le gusta darle vuelta a los asuntos es por cierto el estilo retórico que emplea el [redacted] *

Por último, convenimos en que, puesto que ellos están interesados en interactuar con puertos para sacarle el mejor provecho al Sistema Portuario Mexicano, "pero en especial Puerto de Tampico", nos mantendremos en contacto frecuente para estudiar otros temas son de gran interés para ellos, como la exportación de agregado petróleo hacia los Estados Unidos, la exportación de clinker hacia República Dominicana y continuar con operaciones de cabotaje hacia la Península de Yucatán.

*** Art. 31 bis LFCE**

Conviene que le comente a usted, señor Coordinador, que actualmente CEMEX está colaborando con nosotros en la construcción del puente sobre el Canal de la Cortadura aportando 580 m3 de concreto y que está en disposición de brindarnos su apoyo en el suministro de piedra para el reforzamiento de la escollera sur que iniciaremos en breve, en este caso he conseguido que nos den una moratoria en el pago del material y del transporte hasta que se corrija nuestro flujo de efectivo, todo lo cual significa para APITAM una enorme ayuda.

En resumen, estamos comprometidos con deudas de gratitud con CEMEX, si bien es cierto que esos apoyos tiene un fin perfectamente claro, trataremos de ser dignos de seguir recibiendo su apoyo, pero sin violar principios de equidad con los que estamos comprometidos en tanto que actuemos como funcionarios públicos.

Naturalmente, este es un asunto que no concluye aquí y haremos hasta lo imposible para evitar que tome un curso adverso a nuestras magníficas relaciones con CEMEX, por lo que nos mantendremos en contacto permanente con usted para informarle." (...)"

Por otra parte, la amenaza que dice Cemex es poco creíble se refiere a que se va retirar el apoyo del proyecto de cabotaje del Puerto, no a las operaciones de Cemex que realizaba en la APITAM, por tanto, resulta irrelevante el cálculo realizado por la emplazada por cuanto a que Cemex México sólo representaba el 8.17% del movimiento de carga en Tampico, ya que la amenaza no tiene relación con retirar el movimiento de carga del Puerto (8.17%), sino más bien, retirar el apoyo de un proyecto nuevo de cabotaje en el Puerto, que son cosas totalmente distintas. Además, la amenaza resulta creíble a la luz de los demás elementos que se valoran en las consideración Séptima y Octava de esta resolución; es decir, la amenaza junto con todos los actos llevados a cabo por Cemex, como por ejemplo los recursos y amparos infundados, su intervención en la compra del cemento en Indonesia y Taiwán, la intervención de la CANACEM en dónde Cemex tiene el sesenta por ciento de los votos y su influencia es evidente respecto de la de sus competidores, dan cuenta de su intención y por ello resulta creíble la amenaza referida.

*Con relación a que es falso que algún representante de Cemex o cualquier filial, haya recibido instrucciones para comunicarse con el Director de la APITAM, el argumento es **inoperante**, ya que, en primer término, en el OPR no se hace una imputación o una afirmación de esa naturaleza y, en segundo lugar, lo expresado en la reunión y contenido en el oficio, así como en la declaración del Director General de la APITAM acreditan que sí hubo una presión. Asimismo, la declaración del Director General de la APITAM no resulta contradictoria con el oficio. En el OPR, con relación a la comparecencia, se dijo lo siguiente:*[123]

"(...) En la comparecencia del Director General de la APITAM a la Comisión[124]*, éste señaló lo siguiente en relación a la reunión sostenida con el empleado de Cemex,* [redacted]

"Se elaboró un perfil del proyecto y se le presentó el proyecto en el corporativo de Cemex en Monterrey. De repente llegó un señor a quien no conocía, con una retórica extraña, él era el vicepresidente de planeación estratégica, [redacted] *(...)*

[123] *Página 108 del OPR.*
[124] *Fojas 7120 y 7121del expediente.*

*** Art. 31 bis LFCE**

Antes de que me fuera me comentó que sabía que había un proyecto en Tampico de gente que trataba de traer cemento. Me dijo que no les iban a dejar traer el cemento. No podemos permitir una competencia del exterior en cemento.

El mismo día que regresé a Tampico elaboré una carta en el que informé lo que pasó y le di énfasis a la última parte. Sin embargo, eso desapareció del expediente. Yo les di la carta a los promotores del proyecto, pero no sé qué le hicieron.

No implicó una amenaza en contra mía en lo particular. A mi [sic] no me importa si es Cemex o quien sea, lo importante es que Cemex, como operario de terminal, esté contento. Ciertamente no todo lo que se hubiera deseado por el embargo de cemento que se tenía en Estados Unidos.

No puedo decir que el incidente en la reunión de Monterrey haya implicado una amenaza para mi [sic] en particular, ni creo que haya tenido ese efecto. Creo que la intención era decirme que no gastara energía en apoyar ese proyecto."
[Énfasis añadido por la Comisión] (...)"

*De la anterior transcripción no se aprecia una contradicción, sino más bien argumentos y pruebas que fortalecen el contenido del oficio referido, ya que existe el oficio en el expediente y existe la declaración de quien suscribió dicho oficio, sin perjuicio de que el [redacted] * no desconoce haber sostenido la reunión.[125] Además, este elemento de prueba junto con los demás elementos descritos en la consideración Séptima y Octava de esta resolución, acreditan la práctica monopólica imputada, por lo que en obvio de repeticiones deberá estarse a lo ahí señalado.*

*Finalmente por lo que hace a que existe una animadversión del Director General de la APITAM, el C. Rafael Meseguer Lima, derivado a que Cemex presentó una denuncia ante el OIC de la APITAM en contra de dicho funcionario, resulta gratuito su dicho y por tanto **inoperante**, ya que no lo acredita, y por el contrario en las pruebas para mejor proveer esta CFC solicitó a la APITAM información relativa a la denuncia que refiere la emplazada y encontró que esta denuncia no prosperó, en virtud de que el representante legal de Cemex no se presentó a la audiencia de conciliación convocada por el Órgano Interno de Control de la APITAM, por lo que al no haber pruebas suficientes se dio por concluida la verificación y se archivó el caso.[126] Esta prueba se valorará en el apartado correspondiente de esta resolución."*

Luego entonces, para valorar esta prueba, la Comisión analizó su contenido y llegó a la conclusión de que existían suficientes coincidencias en lo narrado para otorgarles valor probatorio y que no existen diferencias que provoquen que sean totalmente disímbolas entre sí, como equivocadamente alega Cemex.

En cuanto a que la declaración de un testigo después de un tiempo prolongado no resulta verosímil en virtud de que el recuerdo de los hechos que pudo haber presenciado se vio afectado por el transcurso del tiempo y que la declaración se hizo a título personal y no a nombre de la

[125] *Fojas 9218 a 9221*
[126] Véase fojas 12297 a 12299 del expediente DE-017-2006.

*** Art. 31 bis LFCE**

empresa, resultan **inoperantes por novedosos,** puesto que pretende objetar su testimonio de manera extemporánea, aún cuando conocía dicha comparecencia desde que se le emplazó con el OPR y, por tal motivo, no fue analizada en la Resolución recurrida, ni puede ser materia de la presente reconsideración.

Respecto al segundo argumento del agravio en donde Cemex intenta combatir lo resuelto por esta Comisión, alegando que esta autoridad violó el artículo 216 del CFPC valorando incorrectamente la testimonial descrita, su argumento deviene **infundado**, ya que pasa por alto lo establecido en la parte final de dicho artículo, que establece: "*En cualquier otro caso, su valor quedará a la prudente apreciación del tribunal*".

Lo anterior quiere decir que no es necesario que el testimonio de un testigo singular deba ser aceptado para que tenga valor, sino que dependerá de cómo sea apreciada por el juzgador a la luz de los hechos, circunstancias y demás pruebas que obren en el expediente. Valoración que no controvierte Cemex en cuanto a su alcance y fuerza probatorias.

Además, de la lectura de la Resolución recurrida, la CFC explicó detalladamente cómo iba a valorar las pruebas, bajo que fundamentos y criterios, lo cual se observa de lo siguiente:[127]

> "*En ese sentido, debe aclararse que debido a que el RLFCE no establece reglas específicas para valorar este tipo de diligencias, con fundamento en el artículo 1 del RLFCE, se aplican supletoriamente las disposiciones del CFPC.*
>
> *Para ello debe considerarse lo resuelto en sesión del nueve de junio de dos mil diez por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 2127/2009, en el sentido de que a la Comisión "no le son aplicables las reglas establecidas en materia de prueba en relación con los agentes económicos investigados" y que en términos del artículo 36 del RLFCE puede "allegarse en cualquier tiempo de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia de la práctica monopólica o concentración prohibida, en el entendido de que no regirán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos".*
>
> *De esta forma, al tratarse de declaraciones de personas que no fueron emplazadas, las mismas serán valoradas aplicando de forma prudente una analogía con la prueba testimonial, en los términos previstos por el artículo 215 del CFPC. Asimismo, también se toma en consideración que en términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE, la emplazada pudo haber ofrecido, en su escrito de contestación al OPR, la prueba testimonial de dichos comparecientes, haberles realizado las preguntas que consideraran necesarias para su defensa o presentando su pliego de repreguntas en términos de lo dispuesto por el artículo 37 del RLFCE, lo cual no hizo.*
>
> *De acuerdo con lo señalado anteriormente y de conformidad con el artículo 215 del CFPC, la valoración de estos elementos de convicción se realizará conforme al prudente arbitrio de la Comisión, tomando en cuenta lo siguiente: que los comparecientes convengan en lo esencial del acto*

[127] Véanse páginas 340 y 341 de la Resolución recurrida.

que refieran, que los hechos que narra sean presenciados por medio de sus sentidos o le consten, imparcialidad, conocimiento directo y no por referencias de terceros, claridad de sus declaraciones y si dieron razón fundada de su dicho, así como si la prueba se encuentra relacionada con otros elementos probatorios.

Así, de sus declaraciones se aprecia que ambos comparecientes coinciden en lo general en señalar la existencia de la reunión, así como en la fecha, lugar en que ocurrió y personas que asistieron. Asimismo coinciden en señalar que la reunión tenía como objeto un proyecto de inversión de Cemex en el puerto de Tampico. Ambos reconocen haberse visto en dicha reunión por lo que es evidente que fue un hecho que presenciaron por medio de sus sentidos, y por tanto tuvieron conocimiento directo del mismo. De igual forma, sus declaraciones resultan claras, pues de ellas se desprende con claridad lo que presenciaron y la razón por la que estuvieron en dicha reunión se debió a los cargos o puestos que cada uno detentaba al momento en que ocurrieron, uno como Director General de la APITAM y el otro como empleado de Cemex.

En este sentido, todas las pruebas adminiculadas permitieron acreditar lo siguiente:

1. *La existencia de la reunión celebrada el veinticinco de mayo de dos mil tres entre el Director General de la APITAM y [redacted] * en el cual hablaron sobre el proyecto del buque-silo Mary Nour.*
2. *Cemex, a través del área encargada de compilar y procesar información estratégica para el grupo como insumo para la toma de decisiones, dirigida por [redacted] * desde dos mil tres, identificó el proyecto del buque-silo Mary Nour como un riesgo para los intereses de la empresa, bajo el argumento de que dicho proyecto podría obstaculizar sus operaciones desde el arribo de la embarcación al puerto de Tampico.*
3. *En la reunión referida tuvo lugar una conversación entre [redacted] * empleado de Cemex, con el Director General de la APITAM con el objeto de invitarlo a que apoyaran a Cemex a impedir la operación del buque-silo Mary Nour a lo cual el Director General de la APITAM que resultaba incompatible con sus funciones."*

De la transcripción se observa que esta CFC se basó en lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aplicó de forma prudente una analogía con la prueba testimonial, en los términos previstos por el artículo 215 del CFPC y se señaló que la valoración de las comparecencias se realizaría conforme al prudente arbitrio de la Comisión, por lo que resulta estar debidamente fundada y motivada la valoración de las comparecencias, pues también en ella se tomaron en cuenta que los comparecientes convinieran en lo esencial del acto que referían, que los hechos que narraron fueran presenciados por medio de sus sentidos o les consten, imparcialidad, conocimiento directo y no por referencias de terceros, claridad de sus declaraciones y si dieron razón fundada de su dicho, así como si la prueba se encontraba relacionada con otros elementos probatorios.

También se señaló que en términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE, la emplazada pudo haber ofrecido, en su escrito de contestación al OPR, la prueba testimonial de dichos comparecientes, haberles realizado las preguntas que consideraran necesarias para su defensa o

* Art. 31 bis LFCE

presentando su pliego de repreguntas en términos de lo dispuesto por el artículo 37 del RLFCE, lo cual no hizo.

Además, como se explicó en la Resolución recurrida, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que a la Comisión "*no le son aplicables las reglas establecidas en materia de prueba en relación con los agentes económicos investigados*" *y que en términos del artículo 36 del RLFCE puede "allegarse en cualquier tiempo de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia de la práctica monopólica o concentración prohibida, en el entendido de que no regirán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos*". En este sentido, el artículo que refiere la recurrente, en la parte que cita, no resulta del todo aplicable, pues el procedimiento seguido en forma de juicio no es una contienda en donde estén involucradas dos partes (denunciante y denunciado), sino que el primero de ellos es sólo un coadyuvante de esta autoridad y quien hace la imputación es esta autoridad y contra quien presenta su defensa el emplazado es ante esta autoridad, por lo que no existen partes en el procedimiento.

> **8.3.** Con fecha del trece de mayo de dos mil nueve presentó un incidente de falsedad de documento al respecto del oficio D.G.0755/2004, al advertir que la firma con que fue suscrito es evidentemente disímil y presenta rasgos absolutamente diferentes a aquella que el señor Meseguer Lima plasmó ante la presencia del C. Director de Investigaciones y los testigos en su comparecencia, lo que lleva a sostener que dicha firma es FALSA y en consecuencia el oficio en cuestión también. Lo anterior agravia a Cemex ya que la falsedad planteada no fue reparada en sentencia ni fue estudiada por la Comisión ya que los argumentos y razonamientos vertidos por esta Comisión resultan especialmente desafortunados y denotan la deficiente capacidad de análisis de la autoridad, constituyendo una violación procesal que le depara perjuicio.
>
> Cemex se agravia en función a que la falsedad planteada no fue reparada en sentencia, más aún, ni siquiera fue estudiada por la Comisión Federal de Competencia, ha virtud de que los razonamientos trascritos resultan especialmente desafortunados y denotan la deficiente capacidad de análisis de la autoridad al resolver sobre la admisión de la incidencia presentada por mi representada, constituyendo una violación procesal que le depara perjuicio.

En relación al presente agravio debe advertirse que en una parte deviene **inoperante** y en otra resulta **infundado**.

En primer lugar es **infundado,** ya que ciertamente en la Resolución recurrida no se abordó el tema del incidente de falsedad de documento que plateó Cemex, pues el mismo fue desechado mediante acuerdo de quince de mayo de dos mil nueve,[128] dado que Cemex omitió ofrecerla y presentar las pruebas en su contestación al OPR, sino que lo hizo de manera extemporánea;

[128] Véanse fojas 11929 a 11934 del expediente DE-017-2006 (Tomo XVI).

además, en lugar de que la ofreciera, por ejemplo, con una pericial en materia de grafoscopía, por lo que su objeción no fue respaldada por medio probatorio alguno.

En segundo lugar, parte del agravio deviene de **inoperante** porque se pretende agraviar por el hecho de que no fue abordado en la Resolución recurrida, lo cual como ya quedó establecido fue por el hecho de haber sido desechado. En este sentido, en todo caso, el agravio debiera ser en contra del acuerdo, de los motivos y razones expresados en el acuerdo que lo desechó, los cuales se analizan en el siguiente apartado.

Por su parte, también resultan **inoperantes por manifestaciones genéricas**, ya que únicamente alcanza a señalar que los argumentos y razonamientos vertidos por esta Comisión resultan especialmente desafortunados y denotan la deficiente capacidad de análisis de la autoridad, constituyendo una violación procesal que le depara perjuicio, sin señalar por qué lo dicho en el acuerdo es "desafortunado", por qué es deficiente el análisis y cuál es la violación procesal cometida. El uso de calificativos no puede ser considerado un argumento válido que puede ser estudiado por esta CFC, pues además de que son utilizados de manera gratuita, no expresan más que el descontento con lo resuelto.

Dicho lo anterior, el acuerdo que recayó a la solicitud de Cemex, respecto del incidente de falsedad de documento señaló claramente que era improcedente, ya que fue presentado extemporáneamente. En efecto, dicho acuerdo se indicó:

> *"No ha lugar a acordar de conformidad con lo solicitado. Se declara improcedente la pretensión de la promovente en virtud del siguiente razonamiento:*
>
> *De conformidad con los artículos 33, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y 32 de su Reglamento (RLFCE), una vez notificado el oficio de presunta responsabilidad, el presunto responsable contará con un plazo de treinta días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrecer todas las pruebas que ameriten desahogo.*
>
> *Del texto de los numerales anteriormente señalados se obtiene que los presuntos responsables sólo cuentan con treinta días improrrogables para hacer valer sus defensas; es decir, para manifestarse respecto del oficio de presunta responsabilidad, presentar y ofrecer pruebas de su parte, y para objetar o impugnar aquéllas pruebas recabadas durante el periodo de investigación que sustentaron el oficio mencionado.*
>
> *Por tanto, cualquier alegación sobre el oficio de presunta responsabilidad o los documentos que obran en el expediente hasta su expedición y notificación sólo puede válidamente hacerse dentro del término concedido para ello en la ley y sólo se admite como excepción la presentación de pruebas supervenientes de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 34 del RLFCE.*
>
> *En este sentido, debe señalarse que en el oficio de presunta responsabilidad se le indicó que "[E]n el evento de que desee verificar la información vertida en el presente Oficio de Presunta*

Responsabilidad, se hace de su conocimiento que en los archivos de eta Comisión obra un expediente identificado bajo el número al rubro señalado, consistente en diez mil ochocientos cincuenta y cinco fojas al momento de la emisión de este oficio, mismo que podrá ser consultado y en el que podrán promover aquellas personas que cuenten con la facultad legal para tales efectos". Este oficio se le notificó a Cemex México el veintinueve de enero del presente año y el plazo para presentar su defensa concluyó el dos de marzo de dos mil nueve; plazo dentro del cual ya presentó su contestación, manifestó lo que a su derecho convenía y presentó y ofreció las pruebas que estimó pertinentes.

En virtud de lo anterior, la pretensión de la promovente es notoriamente extemporánea, y por tanto ser tienen por no presentadas las pruebas que acompaña al escrito referido, toda vez que su derecho para impugnar de falsas las pruebas contenidas en el expediente y relacionadas en el oficio de presunta responsabilidad,[129] *precluyó a los treinta días siguientes a que surtió efectos la notificación del oficio de presunta responsabilidad.*

El que el ocho de mayo de este año se le hayan entregado copias certificadas de los documentos en los que basa su incidente es irrelevante, ya que incluso su solicitud de copias fue presentada con posterioridad al plazo que tenía para preparar su defensa; esto es, el veintinueve de abril de dos mil nueve.

Además, la promovente tuvo acceso a verificar dichos documentos desde el mismo día en el que le fue notificado el oficio de presunta responsabilidad; por tanto, su pretensión pudo haber sido alegada y pudo haber presentado las pruebas correspondientes en el momento procesal oportuno y no hasta el trece de mayo de este año, que es cuando Cemex México pretende iniciar un incidente de falsedad de documentos; es decir, ciento tres días después de que tuvieron acceso al expediente donde obraba el documento referido por la promovente, a pesar de que no existía restricción legal o física para que Cemex México hubiera realizado tal pretensión dentro de los treinta días naturales siguientes al en que surtiera efectos la notificación del oficio antes mencionado.

De igual forma, es equivocado el argumento de la promovente en el que señala que es procedente su pretensión ya que puede alegarse la falsedad de documentos en cualquier momento del procedimiento, tal y como se demuestra a continuación:

1. *Previamente se mencionó que los artículos 33, fracción II de la LFCE y 32 del RLFCE establecen que los emplazados cuentan con treinta días naturales a partir de que surte efectos la notificación del oficio de presunta responsabilidad para preparar su defensa y alegar lo que a su derecho convenga. Esto implica la existencia de una disposición que establece expresamente el plazo con que se cuenta para defenderse, el cual no está sujeto a supletoriedad.*
2. *El artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles*[130] *no señala cuándo puede impugnarse la falsedad de un documento, sólo establece cuál es el trámite que debe seguirse y de*

---

[129] *En particular, en los folios "9218 a 9222" (Copia cotejada por el Notario Público N. 1134 de la Ciudad de y Puerto de Tampico en el Estado de Tamaulipas del Oficio API-D-G 0755/2004 emitido por el Ing. Rafael Meseguer Lima, Director General de la Administración Portuaria Integral de Tampico el veintiocho de mayo de dos mil cuatro) y "7114 a 7122" (Acta de comparecencia del Ing. Rafael Meseguer Lima a las instalaciones de la Comisión Federal de Competencia el veinticuatro de noviembre de dos mil seis).*

[130] *Artículo 141.- Cuando alguna de las partes sostenga la falsedad de un documento, se observaran las prescripciones relativas de las leyes penales aplicables. en este caso, si el documento puede ser de influencia en el pleito, no se efectuara la audiencia final del juicio, sino hasta que se decida, sobre la falsedad, por las autoridades judiciales del orden penal, a no ser que la parte a quien beneficie el documento renuncie a que se tome como prueba.*

su falta de prevención no puede derivarse que se pueda realizar en cualquier momento del procedimiento, tal como lo afirma la promovente, en virtud de que el artículo en comento debe interpretarse de forma armónica con el ordenamiento que suple es decir, con la LFCE y con su reglamento.

Luego entonces, si la LFCE y el RLFCE establecen un plazo específico, debe entenderse que se seguirá el trámite que establece el artículo 141 del CFPC siempre y cuando se impugne la falsedad dentro de los treinta días naturales que tiene para preparar su defensa, por tratarse de uno de los documentos que sustentaron el oficio de presunta responsabilidad.

Sirven de apoyo y en lo aplicable lo establecido en las siguientes tesis:

OBJECIÓN DE DOCUMENTOS FUNDATORIOS DE LA ACCIÓN. ES OPORTUNA CUANDO SE HACE AL CONTESTAR LA DEMANDA. MODIFICACIÓN DE LA TESIS II.1o.C.T.59 C, PUBLICADA EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, NOVENA ÉPOCA, TOMO IV-SEPTIEMBRE, PÁGINA 681 (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). *Del artículo 581 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, puede sustraerse como hipótesis principal el hecho de que, presentado un documento con la demanda, está implícita la voluntad del actor acerca de otorgarle la calidad de prueba, de donde no resulta indispensable su ofrecimiento en el periodo correspondiente al exigir la ley presentar con la demanda el documento o* ***documentos*** *en que la parte interesada funde su derecho. Dicha hipótesis permite postular que debe tenerse como prueba el documento de esa clase, desde su presentación con la demanda, y si conforme a los artículos 599 y 600 en cita, la contestación a la demanda ha de comprender el confesar o negar los hechos y en ella se harán valer las excepciones y defensas del demandado, resulta no sólo oportuno y lógico, sino exigible, en la refutación a la demanda, aludir tanto a los hechos como a los* ***documentos fundatorios****, especialmente a éstos, objetándolos, dado el obvio vínculo existente entre los hechos y* ***documentos****. Se colige de esta manera, al amparo del principio de que donde existe la misma razón, ha de regir igual disposición, que objetado un documento al contestar la demanda, desde ahí va imbíbita la voluntad del demandado, de que se tenga por hecha, sin ser necesaria su reiteración en el periodo probatorio. Con base en el anterior criterio, sí debe tenerse por hecha la* ***objeción*** *de* ***documentos fundatorios*** *de la demanda, cuando se hace al contestarla; ello, en modo alguno trastoca el método y orden del procedimiento, por más que el artículo 329 de la legislación invocada limita la* ***objeción*** *de* ***documentos*** *en general a los tres primeros días del término de prueba, pues, se insiste, tratándose de los* ***fundatorios*** *de la demanda, tal* ***objeción*** *debe tenerse por hecha desde que se contesta la demanda.PRIMER TRIBUNAL COLEDIGADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO, No. Registro: 198,838. Tesis Aislada. Materia(s): Civil, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. V, Mayo de 1997. Tesis: II. 1°. C.T.132 C. Página:645*

FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA. *De una interpretación sistemática del contenido del artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal puede establecerse válidamente que, por regla general, se concede el derecho de impugnar de falso un* ***documento*** *en un plazo que abarca desde la contestación de la demanda y hasta*

Cuando concluya el procedimiento penal sin decidir sin el documento en o no falso, el tribunal de lo civil concederá un termino de diez días para que rindan las partes sus pruebas, sobre esos extremos, a fin de que, en la sentencia, se decida sobre el valor probatorio del documento.

*seis días anteriores a la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, lo que implica la posibilidad de que las partes impugnen la **falsedad** de documentos aportados tanto al momento de presentar los escritos de demanda y contestación como en la reconvención y contestación de ésta, o en algún otro momento del juicio, hasta antes de la audiencia referida, de lo que se deduce que tratándose de la impugnación de **falsedad** del **documento base** de la **acción**, aun cuando opera el mismo plazo, debe tenerse como un caso excepcional y exigir como requisito o condición previa, que la **falsedad** indicada se haga valer como defensa o excepción al contestar la demanda. Lo anterior, porque tratándose del **documento** basal de un **proceso civil**, para no tenerlo como consentido, la inconformidad en su contra debe ser inmediata, ya sea porque las firmas en él consignadas no correspondan a las de las personas supuestamente signantes, o bien, porque exista algún otro vicio formal que le reste validez. En tal virtud, atento a la naturaleza jurídica de dichas cuestiones, es inconcuso que el enjuiciado puede y debe hacer valer esos aspectos desde el momento de contestar la demanda, dado que se le corre traslado tanto con las copias del escrito de demanda como del **documento** fundatorio de la **acción** desde que es emplazado, momento a partir del cual tiene la oportunidad de conocer el contenido y las irregularidades que pudieran existir, contando con el tiempo suficiente para la impugnación que al efecto considere pertinente y que, a su juicio, afecte la validez del **documento** basal. Por tales motivos, es lógico y sano estimar que esas circunstancias deben exponerse al contestar la demanda oponiendo las defensas o excepciones que forman parte de la litis del juicio; lo que a su vez le permitirá contar con la posibilidad de promover el incidente contenido en el referido numeral 386 del código adjetivo **civil** en comento dentro del plazo establecido y se resuelva congruentemente la litis planteada en el juicio para que no se preste a maniobras retardatorias, contrarias a derecho y a los principios procesales contenidos en la ley. Considerar lo contrario, esto es, que no se tuviera como requisito para impugnar la **falsedad** del **documento** básico que se hiciera valer como defensa o excepción al momento de contestar la demanda y, por ende, que no formara parte de la litis planteada en el asunto, traería como consecuencia, en primer término, que la demandada pudiera impugnar con posterioridad y subsanar omisiones del escrito de contestación respectivo, aun sin haberlo presentado y, en segundo lugar, que pudiera oponer, en su caso, defensas y excepciones que no formaron parte de la litis en el **proceso**, con la subsecuente violación al principio de igualdad procesal de las partes que debe regir en todos los procesos judiciales. No. Registro: 179,028. Tesis aislada. Materia(s) Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Marzo de 2005. Tesis: I.6°. C.341 C. Página: 1127. [Énfasis añadido]*

3. *Por otro lado, tampoco cabe la aplicación de la tesis de jurisprudencia que cita la promovente y cuyo rubro establece: INCIDENTE DE FALSEDAD DE LAS FIRMAS DE LA DEMANDA O RECURSO EN AMPARO DIRECTO. ES ADMISIBLE EN CUALQUIER MOMENTO DEL PROCEDIMIENTO HASTA ANTES DE QUE EL ASUNTO SE LISTE Y DEBE RESOLVERSE CONJUNTAMENTE CON EL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. No. Registro: 174,709. Jurisprudencia Materia(s): Común Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Julio de 2006. Tesis: P./J. 91/2006. Página 7.*

Esto en atención a que la promovente no considera que dicha jurisprudencia no interpreta el artículo 141 del CFPC sino que resuelve si debe seguirse las reglas específicas[131] *para la tramitación del*

[131] *De análisis de los artículos 1523 de la Ley de Amparo y 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se observa que existen amplias diferencias en la forma en el que se impugna la falsedad de documento. Bajo la Ley de Amparo la objeción del documento se tramita en la misma audiencia y ahí se presentaran pruebas y contrapruebas, y será el Juez que lleve la audiencia quien se pronuncie sobre la autenticidad del documento; mientras que el procedimiento que establece el ordenamiento civil*

incidente de falsedad de documentos establecidas en el artículo 153 de la Ley de Amparo en el juicio de amparo directo[132]*. Al respecto, debe decirse que la Ley de Amparo no es supletoria de la LFCE ni del RLFCE y, en ese sentido, la interpretación que se haga de sus disposiciones no puede ser aplicable a las normas que rigen los procedimientos seguidos ante la Comisión Federal de Competencia."*

8.3.1. En efecto, la autoridad se equivocó cuando aseveró que ..."*la pretensión de la promovente es notoriamente extemporánea, y por tanto se tienen por no presentadas las pruebas que acompaña al escrito referido, toda vez que su derecho para impugnar de falsas las pruebas contenidas en el expediente y relacionadas en el oficio de presunta responsabilidad, precluyó a los treinta días siguientes a que surtió efectos la notificación del oficio de presunta responsabilidad*"... puesto que resulta de explorado derecho que en tratándose del incidente de falsedad de documentos, éste puede ser presentado en cualquier tiempo, siempre que sea antes de la conclusión del periodo de alegatos, sin que para ello sea óbice el argumento completamente infundado de la Comisión Federal de Competencia en el sentido de que ..."*debe entenderse que se seguirá el trámite que establece el artículo 141 del CFPC siempre y cuando se impugna la falsedad dentro de los treinta días naturales que tiene para preparar su defensa, por tratarse de uno de los documentos que sustentaron el oficio de presunta responsabilidad*"... como se verá a continuación.

El artículo 33, fracción II de la LFCE y 32 del RLFCE, establecen que los agentes económicos emplazados dentro del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, cuentan con treinta días naturales a partir de que surte efectos la notificación del OPR para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten desahogo; sin embargo, tal y como la Comisión lo acepta, es para el efecto de que el agente económico emplazado produzca su contestación sobre el OPR, es decir, sobre el principal, sobre la materia de la investigación; pero de ninguna manera es dable el hacer extensiva esa restricción de tiempo de 30 días para la presentación de los incidentes, máxime cuando se trata de un incidente de falsedad de documentos el cual por su propia naturaleza reviste una especial importancia y trascendencia.

En efecto, un incidente es, toda cuestión que surge durante el transcurso de un proceso y que, de alguna manera afecta, o puede afectar, o incidir en su tramitación, resultados o intereses de las partes; siendo, bajo este planteamiento, sus características definitorias esenciales la conexión o

---

dispone que se observarán las prescripciones relativas a las leyes penales aplicables, así mismo la audiencia final no se celebrará hasta que las autoridades judiciales del orden penal deciden al respecto, y sólo en el caso de que se concluya el procedimiento penal sin pronunciarse respecto a la falsedad, será el tribunal de lo civil quien concederá un plazo de diez días para que las partes rindan pruebas y en la sentencia se decida sobre el valor probatorio del documento.

[132] *De acuerdo con la ejecutoria por la que se resuelve la contradicción de tesis 45/2005-PL. entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se resolvió que el artículo 153- que, como se vio detalla la tramitación del incidente de falsedad de documentos ante los Jueces de Distrito-, por la razón de que se trata de una norma propia y exclusiva del amparo indirecto, no alcanza al directo, dadas 1) su ubicación dentro del cuerpo normativo de la Ley de Amparo –en el título segundo, específicamente destinado a compendiar las normas reguladoras del amparo biinstancial-, 2) su redacción –en la que se habla exclusivamente del juicio de amparo seguido ante los Jueces de Distrito-, 3) su imposible analogía con el amparo directo –pues en el primer y en el tercer párrafos del artículo 35-, se establece el sistema de tramitación de incidentes, mismo que, amén de ser completo, no permite la aplicación analógica de ninguna norma.*

relación con el objeto, presupuestos o trámites de aquél, y la exigencia de una resolución independiente, previa o simultánea. Es decir, se trata de un litigio accesorio que se suscita con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia interlocutoria.

Resultando conveniente definir el vocablo "accesorio" el cual significa de acuerdo a la Real Academia Española "que depende de lo principal o se le une por accidente" de donde se concluye que al constituir un incidente un litigio accesorio, es decir que surge dentro del principal con motivo de un suceso que altera el orden natural de las cosas, luego no es posible lógica ni jurídicamente el sujetar el término para su interposición al plazo establecido para contestar el principal, pues al derivar de un suceso accidental, como lo es el que mi representada advirtiera hasta el momento en que tuvo en su poder las copias certificadas que le fueran entregadas hasta el ocho de mayo de dos mil nueve, la notoria discrepancia en las firmas que obran al calce del oficio número APIT-D.G. 0755/2004, atribuida al Inc. Rafael Meseguer Lima y aquella que el Inc. Meseauer plasmó ante la presencia del C. Director de Investigaciones Leonardo Loyola Vogel y los testigos de asistencia Claudia Brambilla Ramírez y Ana Ruth Solano Fragoso, en su comparecencia ante la Comisión en fecha veinticuatro de noviembre de dos mil seis.

El argumento es **inoperante**, pues la recurrente lo único que alcanza a señalar es que es de explorado derecho que en tratándose del incidente de falsedad de documentos, éste puede ser presentado en cualquier tiempo, siempre que sea antes de la conclusión del periodo de alegatos; sin embargo, no dice en qué parte se señala tal cuestión, ni cómo resulta de explorado derecho en materia de competencia económica lo que señala, más aun ni siquiera en materia administrativa, luego entonces su argumento deviene inoperante.

Asimismo, señala que el plazo de los treinta días no aplica porque los treinta días son única y exclusivamente para dar contestación al OPR y ofrecer pruebas y que el incidente es accesorio del principal y porque los incidentes revisten una especial importancia y trascendencia, lo cual también deviene en **infundado**, pues como se expuso en el acuerdo que pretende combatir, la ahora recurrente tuvo acceso al expediente para formular su contestación, ofrecer pruebas e inclusive objetar cualquier documento que obrara en el expediente dentro del plazo de treinta días que le concede el artículo 33, fracción II de la LFCE, en correlación con los artículos 32 y 33 del RLFCE. Así las cosas, debe señalarse que el documento que pretendió objetar de falso obraba en el expediente desde el momento en que fue emplazada la ahora recurrente, por lo que válidamente pudo haber hecho tal objeción y si no lo hizo es bajo su responsabilidad. Al respecto el segundo párrafo del artículo 32 del RLFCE señala que "*El presunto responsable podrá presentar su contestación y ofrecer los medios de prueba que considere pertinentes, en una o más ocasiones, pero en todo caso deberá hacerlo dentro del plazo* [treinta días] *a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley*".

En cuanto a que el incidente es accesorio del principal, no está a discusión, pues si hubiera contestado el OPR ofreciendo pruebas, objetando los documentos y promoviendo los incidentes

que considerara necesario dentro del plazo que para tal efecto le otorga la LFCE y el RLFCE este se hubiera tramitado como algo accesorio, pero no fue el caso, pues promovió su incidente de manera extemporánea.

Con relación a que el incidente reviste una especial importancia y trascendencia, el argumento es **inoperante**, pues con independencia de si lo es o no lo es, ello no implica ni acredita por sí mismo que se pueda promover fuera del plazo que le otorga el artículo 33, fracción II de la LFCE.

En lo que hace a que un incidente es toda cuestión que surge durante el transcurso de un proceso y que, de alguna manera afecta, o puede afectar, o incidir en su tramitación, resultados o intereses de las partes, el argumento es **infundado**, pues si bien el incidente surge durante el transcurso de un proceso, también lo es que el documento estuvo a su vista durante treinta días antes de su contestación al OPR, por lo que no surgió posterior a los treinta días que tenía concedidos por la LFCE para pronunciarse al respecto.

Lo anterior sin perjuicio de lo que señala la recurrente por cuanto a que no se debió "*sujetar el término para su interposición al plazo establecido para contestar el principal, pues al derivar de un suceso accidental, como lo es el que mi representada advirtiera hasta el momento en que tuvo en su poder las copias certificadas que le fueran entregadas hasta el ocho de mayo de dos mil nueve*", pues como se señaló en el acuerdo que pretende combatir, tanto la promoción mediante la cual solicitó las copias certificadas, como la solicitud del incidente fueron presentados fuera del plazo de los treinta días y si fue hasta entonces que la recurrente se dio por advertida de tal situación (que las firmas no coincidían) y que la recurrente denomina "suceso accidental", no es más que evidenciar su error en no pronunciarse en tiempo.

> **8.3.2.** Resulta por demás obvio que la impugnación de la falsedad de uno de los documentos en que la autoridad sustentó la emisión del OPR es una cuestión que debió de haber quedado dilucidada antes de que se emitiera el pronunciamiento de fondo, por ser un presupuesto lógico de éste la validez de dicho instrumento; motivo por el cual el término para su interposición únicamente se encuentra limitado a que sea antes de que concluya la etapa procesal inmediata anterior al dictado del fallo correspondiente al principal que en el caso del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas conforme al artículo 33 fracción III de la LFCE es el periodo de alegatos.
>
> De igual forma es completamente erróneo e ilegal el razonamiento de la Comisión que obra a foja 3 de dicho acuerdo donde manifiesta que ..."2.- *El artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles no señala cuándo puede impugnarse la falsedad de un documento, sólo establece cuál es el trámite que debe seguirse y de su falta de prevención no puede derivarse que se pueda realizar en cualquier momento del procedimiento, tal como lo afirma la promovente, en virtud de que el artículo en comento debe interpretarse de forma armónica con el ordenamiento que suple, es decir, con la LFCE y con su reglamento. Luego entonces, si la LFCE y el RLFCE*

establecen un plazo específico, debe entenderse que se seguirá el trámite que establece el artículo 141 del CFPC siempre y cuando se impugne la falsedad dentro de los treinta días naturales que tiene para preparar su defensa, por tratarse de uno de los documentos que sustentaron el oficio de presunta responsabilidad."... ello ha virtud de que resulta de explorado derecho que donde el legislador no distingue, la autoridad tampoco debe hacerlo.

En efecto, la autoridad de forma completamente inmotivada e infundada, hace caso omiso de la circunstancia de que la legislación aplicable NO SEÑALA UN TÉRMINO PARA IMPUGNAR LA FALSEDAD DE UN DOCUMENTO, aún y cuando ella misma lo reconoce y acepta, y sin más, de manera arbitraria determina que ello no importa debido a que según su opinión (absolutamente subjetiva sin ningún sustento legal) la impugnación de falsedad de un documento está sujeta al término de treinta días naturales que se otorgan al agente económico emplazado para producir su contestación sobre el principal, lo que evidentemente constituye una flagrante violación a las garantías de legalidad y seguridad jurídica de mi representada.

El argumento es **infundado**, pues ciertamente el incidente de haberse admitido debió de haberse dilucidad antes de los alegatos, pero lo cierto es que al haberse desechado por extemporáneo no había por qué hacer ningún pronunciamiento respecto del incidente de falsedad antes de los alegatos que prevé el artículo 33, fracción III de la LFCE.

Por su parte el segundo argumento es **inoperante**, pues la recurrente solo alcanza a señalar que resulta de explorado derecho que donde el legislador no distingue, la autoridad tampoco debe hacerlo, pero lo cierto es que esta autoridad no hizo una distinción, sino que de manera adminiculada y concatenada entre lo dicho por la LFCE, el RLFCE y el CFPC resolvió lo conducente; es decir, que "*si la LFCE y el RLFCE establecen un plazo específico, debe entenderse que se seguirá el trámite que establece el artículo 141 del CFPC siempre y cuando se impugne la falsedad dentro de los treinta días naturales que tiene para preparar su defensa, por tratarse de uno de los documentos que sustentaron el oficio de presunta responsabilidad*".

Finalmente por lo que hace a que es subjetivo establecer el plazo y que lo resuelto está completamente inmotivado e infundado, resulta **infundado**, pues si se citan los fundamentos artículos 33, fracción II de la LFCE, 32 y 33 del RLFCE y 141 del CFPC y se hace toda una motivación del por qué resultan aplicables y el por qué lo sostenido por la ahora recurrente carece de razón. Al respecto, conviene citar la parte conducente:

"*De igual forma, es equivocado el argumento de la promovente en el que señala que es procedente su pretensión ya que puede alegarse la falsedad de documentos en cualquier momento del procedimiento, tal y como se demuestra a continuación:*

1. *Previamente se mencionó que los artículos 33, fracción II de la LFCE y 32 del RLFCE establecen que los emplazados cuentan con treinta días naturales a partir de que surte efectos la notificación del oficio de presunta responsabilidad para preparar su defensa y alegar lo que a su derecho convenga. Esto implica la existencia de una disposición que establece expresamente el plazo con que se cuenta para defenderse, el cual no está sujeto a supletoriedad.*

2. *El artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles*[133] *no señala cuándo puede impugnarse la falsedad de un documento, sólo establece cuál es el trámite que debe seguirse y de su falta de prevención no puede derivarse que se pueda realizar en cualquier momento del procedimiento, tal como lo afirma la promovente, en virtud de que el artículo en comento debe interpretarse de forma armónica con el ordenamiento que suple es decir, con la LFCE y con su reglamento.*
Luego entonces, si la LFCE y el RLFCE establecen un plazo específico, debe entenderse que se seguirá el trámite que establece el artículo 141 del CFPC siempre y cuando se impugne la falsedad dentro de los treinta días naturales que tiene para preparar su defensa, por tratarse de uno de los documentos que sustentaron el oficio de presunta responsabilidad."

8.3.3. Mi representada formuló la incidencia en comento señalando como fundamento el artículo 141 del CFPC, el cual a la letra dispone:

"Artículo 141.- Cuando alguna de las partes sostenga la falsedad de un documento, se observarán las prescripciones relativas de las leves penales aplicables. En este caso, si el documento puede ser de influencia en el pleito, no se efectuará la audiencia final del juicio, sino hasta que se decida, sobre la falsedad, por las autoridades judiciales del orden penal, a no ser que la parte a quien beneficie el documento renuncie a que se tome como prueba.
Cuando concluyo el procedimiento penal sin decidir si el documento es o no falso, el tribunal de lo civil concederá un término de diez días para que rindan las partes sus pruebas, sobre esos extremos, a fin de que, en la sentencia, se decida sobre el valor probatorio del documento."

De manera que en la especie la autoridad debió observar las prescripciones relativas del Código Penal Federal, concretamente en sus artículos 107, 243 y 244 fracción I, de cuya interpretación sistemática se concluye que el delito de falsificación de documentos prescribirá en un año contado desde el día en que quienes puedan formular la querella tengan conocimiento del delito y del delincuente, por lo que luego entonces es dable sostener que mi representada si impugnó en tiempo y forma la falsedad del documento consistente en el oficio número APIT-D.G. 0755/2004

Por tanto, si conforme a las prescripciones del Código Penal, el delito de falsificación de documentos (que es el que en la especie se actualizaría derivado de la falsedad del documento impugnado por mi representada) prescribe en el término de un año contado a partir de que la persona que pueda formular la querella correspondiente (en este caso mi representada) tenga conocimiento del delito y del delincuente; y toda vez de que se trata de la comisión de un delito no hay razón alguna para que la Comisión mediante el desechamiento de la incidencia correspondiente se niegue a dar los antecedentes necesarios para la averiguación (integración de un incidente de falsedad de documento), por el solo hecho de que la petición correspondiente no se haya formulado

---

[133] *Artículo 141.- Cuando alguna de las partes sostenga la falsedad de un documento, se observaran las prescripciones relativas de las leyes penales aplicables. en este caso, si el documento puede ser de influencia en el pleito, no se efectuara la audiencia final del juicio, sino hasta que se decida, sobre la falsedad, por las autoridades judiciales del orden penal, a no ser que la parte a quien beneficie el documento renuncie a que se tome como prueba.*
Cuando concluya el procedimiento penal sin decidir sin el documento en o no falso, el tribunal de lo civil concederá un término de diez días para que rindan las partes sus pruebas, sobre esos extremos, a fin de que, en la sentencia, se decida sobre el valor probatorio del documento.

dentro del término que la LFCE señaló para que el agente económico emplazado (en la especie mi mandante) produjera su contestación, sin perjuicio de que tal plazo como ya ha quedado expuesto no resulta aplicable al caso que nos ocupa por tratarse de una cuestión incidental, accesoria del principal, pues los delitos deben averiguarse desde el momento en que se tengan datos para creer que se han cometido.

El argumento es **infundado**, pues la recurrente únicamente alcanza a señalar que la CFC debió de observar las prescripciones del Código Penal Federal, siendo que tal ordenamiento no resulta aplicable a la materia de competencia económica, ni mucho menos de manera supletoria o siquiera analógica, por lo menos respecto del plazo en el que deberá de interponerse un incidente de falsedad de documentos, pues como se señaló en el acuerdo combatido del análisis de los artículos 33, fracción II de la LFCE, 32 y 33 del RLFCE y 141 del CFPC, se llegó a la conclusión de que el plazo para interponerlo es de treinta días por así disponerlo la LFCE, el cual, por así establecerse ya en la LFCE, no conlleva suplirlo con el CFPC y pues mucho menos con otro ordenamiento como lo es el Código Penal Federal.

8.3.4. Las tesis aisladas citadas por la autoridad a fojas 3, 4 y 5 del citado acuerdo al rubro OBJECIÓN DE DOCUMENTOS FUNDATORIOS DE LA ACCIÓN. ES OPORTUNA CUANDO SE HACE AL CONTESTAR LA DEMANDA. MODIFICACIÓN DE LA TESIS II.1°.C.T.59 C. PUBLICADA EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, NOVENA ÉPOCA, TOMO IV SEPTIEMBRE, PÁGINA 681 (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO); y FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA, puesto que las mismas no encuentran ninguna aplicación en el caso que nos ocupa y señala las diferencias entre la institución que prevén la objeción de documentos y la impugnación por falsedad.

En cuanto a la segunda tesis aislada citada por la autoridad de rubro FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA resulta igualmente inaplicable al caso concreto, y señala que la tesis resulta aplicable a un procedimiento civil y en el caso que nos ocupa se trata de un procedimiento administrativo.

En lo que respecta la tesis citada en primer lugar, la misma es absolutamente inaplicable al caso concreto, por virtud de que en principio trata sobre la institución de la "Objeción" la que es de naturaleza totalmente diferente a la institución de la "Impugnación de Falsedad" la cual es la que mi representada hizo valer mediante la interposición del incidente correspondiente el trece de mayo de dos mil nueve. En efecto, la objeción es el medio dado por la ley para evitar que se produzca el reconocimiento tácito del documento privado y para conseguir, de esa manera, que el valor probatorio del propio instrumento permanezca incompleto; esto es, una expresión de voluntad tendente a poner de manifiesto, que quien la produce no está dispuesto a someterse al documento privado contra el cual se formula ni a pasar por él. En cambio, la impugnación de falsedad, prevista en el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles, constituye un

acto jurídico distinto que opera en diferentes circunstancias a las de la objeción de un documento privado, puesto que esta impugnación se ejercita para evidenciar la falsedad de un documento, ya sea público o privado, y está encaminada a privar de efectos al documento que, por alguna razón, ya tiene pleno valor probatorio.

Otra de las diferencias que existe entre las instituciones en estudio es la atinente a su finalidad. Con la objeción se evita completar una prueba que por sí misma es imperfecta. En tanto que con la impugnación de falsedad, a un medio de prueba que en principio tiene plena fuerza de convicción, quien hace valer el Incidente respectivo pretende disminuir o anular esos efectos probatorios plenos.

Por cuanto hace a la materia de las instituciones citadas, la objeción (articulo 138 del Código Federal de Procedimientos Civiles) recae sobre documentos privados y la impugnación de falsedad se dirige, indistintamente, contra documentos públicos y privados (artículo 141). Otra distinción de ambas instituciones se encuentra en el factor temporal, esto es, en el plazo otorgado por la ley para plantear una u otra. En la objeción se cuenta con tres días para formularla, lo que indica un tiempo breve. En cambio, en el incidente de falsedad de documento no se cuenta con un plazo específico.

Por cuanto hace a la sustanciación, la ley prevé detalladas formalidades para que la autoridad pueda conocer de la impugnación de falsedad, formalidades que corresponden a la naturaleza, finalidad, materia, plazo, de la institución. Esto contrasta con el escaso formalismo previsto en la ley para la objeción, puesto que la ley sólo menciona el breve plazo de tres días que se tiene para hacerla valer. De ahí que, las diferencias apuntadas permitan concluir que la objeción e impugnación de falsedad de documentos constituyen actos Jurídicos distintos que no deben confundirse.

En cuanto a la segunda tesis aislada citada por la autoridad de rubro FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA resulta igualmente inaplicable al caso concreto, en primer lugar porque la misma versa sobre el momento procesal oportuno para impugnar de falso un documento BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL, lo que implica que en el caso de que se trate efectivamente se esté ejerciendo alguna acción civil lo que en la especie de ninguna manera acontece.

En el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas establecido dentro de la LFCE, NO PUEDE VÁLIDAMENTE HABLARSE DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN CIVIL, pues dentro de dicho procedimiento lo que es objeto del mismo no es el reclamo de un particular sobre sus cosas o sus intereses pecuniarios, sino que su fin consiste en investigar la probable comisión de prácticas monopólicas y únicamente en caso de que las mismas se acrediten fehacientemente, castigar su comisión; aunado a lo anterior, a diferencia de la acción civil, el procedimiento materia del expediente DE-017-2006 no nace del derecho de un particular respecto a una cosa y de las mismas fuentes que la obligación, sino que nace única y exclusivamente de la supuesta actualización de las hipótesis normativas en donde se establecen las prácticas monopólicas; por

tanto, se reitera, la tesis aislada citada por la Comisión con la cual pretende fundar su resolución es absolutamente inaplicable pues versa sobre la impugnación de un documento que sea base del ejercicio de una acción de carácter estrictamente civil.

Sin embargo, se precisa que de cualquier forma la misma no es obstáculo para que la Comisión hubiese admitido el Incidente de Falsedad de Documento formulado por mi representada, puesto que dentro de la misma se establece como REGLA GENERAL el que para la impugnación de falsedad de un documento el plazo abarca desde la contestación de la demanda y hasta seis días anteriores a la celebración de la audiencia.

El argumento es **inoperante**, pues primeramente las tesis citadas en el acuerdo que pretende combatir se citaron para apoyar lo sostenido previamente de manera analógica y no por que resultaran aplicables exactamente al caso concreto. Pero resulta además, que la recurrente de manera totalmente contradictoria señala que las tesis citadas en el acuerdo no son aplicables por que son de materias distintas, pero en este mismo agravio señala que la autoridad debió observar diversas tesis en materia penal y civil, más aun señala que resultan de especial aplicación, por lo que no puede sostener que las tesis citadas por esta autoridad no son aplicables, pero las citadas por ella sí lo son e inclusive de manera especial.

En efecto, la recurrente señala contradictoriamente "*Cobrando especial aplicación los criterios judiciales que a continuación se citan:* (...)" cuyos rubros y antecedentes son:

FALSEDAD DE UN DOCUMENTO. No. Registro: 285,887. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación XIII. Tesis: Página: 1230

FALSEDAD DE DOCUMENTO. CUANDO UNA DE LAS PARTES LA SOSTENGA Y PUEDA SER DE INFLUENCIA NOTORIA EN EL JUICIO, EN LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE RESPECTIVO DEBEN OBSERVARSE LAS PRESCRIPCIONES RELATIVAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, SIN QUE SEA ÓBICE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1054 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE. No. Registro: 171,176. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Octubre de 2007. Tesis: XI.2o.150 C. Página: 3173

FALSEDAD DE UN DOCUMENTO. No. Registro: 285,884. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación XIII. Tesis: Página: 1230.

Por lo demás todos sus argumentos resultan **inoperantes**, pues el hecho de que la recurrente pretenda controvertir las tesis citadas por esta autoridad no modifica en nada el hecho de que

presentó extemporáneamente su incidente, habida cuenta de que esta autoridad al citar las tesis señaló que se citaron para apoyar lo sostenido previamente de manera analógica y no por que resultaran aplicables exactamente al caso concreto, por lo que resulta intrascendente su argumentación de si son aplicables o no.

> **8.3.5.** La autoridad se equivoca al considerar que ..."tampoco cabe la aplicación de la tesis de jurisprudencia que cita la promovente cuyo rubro establece: INCIDENTE DE FALSEDAD DE LAS FIRMAS DE LA DEMANDA O RECURSO EN AMPARO DIRECTO. ES ADMISIBLE EN CUALQUIER MOMENTO DEL PROCEDIMIENTO HASTA ANTES DE QUE EL ASUNTO SE LISTE Y DEBE RESOLVERSE CONJUNTAMENTE CON EL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA"... pues independientemente de que en el acuerdo se mencione la diferencia entre las reglas para la tramitación de una impugnación de falsedad dentro de un amparo directo y uno indirecto, lo cierto es que la conclusión de dicho criterio es que en tratándose de un incidente de falsedad de firmas el mismo es admisible en cualquier etapa del procedimiento, tal y como lo manifestó mi representada dentro de la incidencia de mérito.
>
> En efecto, contrario a lo manifestado por la autoridad, el interés de citar la referida jurisprudencia no estribaba en argumentar si la Ley de Amparo es supletoria o no a la LFCE como equivocadamente lo concluye la Comisión con su defectuoso análisis, sino que la intención de mi mandante era que la autoridad advirtiera que dentro de la jurisprudencia de mérito se abordaba un problema análogo al que nos ocupa, sin embargo en razón del deficiente análisis de la Comisión no le fue posible dar cuenta de ello.
>
> Lo anterior, derivado de que en dicho criterio se hace referencia a que en virtud de la supletoriedad del CFPC a la Ley de Amparo, el incidente de falsedad de documento que se suscitase durante la sustanciación de un Juicio de Amparo Directo, es admisible en cualquier momento del procedimiento hasta antes de que el asunto se liste para sesión, y será resuelto conjuntamente con la sentencia principal, esto es, aplicando las reglas previstas en los artículos 360 y del 145 al 149 del CFPC. Por lo que partiendo de dicho criterio es dable sostener que si en el presente caso el CFPC resulta igualmente supletorio a la LFCE, legislación que al igual que la Ley de Amparo tampoco señala el término en que ha de formularse el incidente de falsedad de documento, luego entonces dicho incidente es admisible en cualquier momento del procedimiento.

El argumento es **infundado**, pues como se señaló en el acuerdo combatido del análisis de la LFCE, el RLFCE y el CFPC, se concluyó que el plazo en que debería hacerse la impugnación de falsedad de documentos o firmas que obran en el expediente antes del emplazamiento, deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes al emplazamiento y solo en el caso de aquellos documentos supervenientes se podrá realizar posteriormente. No resultando por tanto aplicable la analogía que sostiene la recurrente.

> **8.3.6.** El acuerdo dictado por la Comisión Federal de Competencia fue materia de impugnación, vía amparo indirecto, que mediante resolución constitucional de fecha ocho de junio de dos mil nueve, dictada por el C. Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, en

el Amparo 654/2009, determinó desechar el amparo bajo el argumento de encuadrar en la fracción IX del artículo 159 referido, ya que se trata de una violación a las leyes del procedimiento que pudiera afectar las defensas de la impetrante, aunado a que la citada violación no tiene una ejecución de imposible reparación porque no afecta de manera directa e inmediata los derechos sustantivos de la impetrante, puesto que el desechamiento aludido es una violación intraprocesal, reparable en amparo directo.

En la propia ejecutoria se sostuvo que pudiera acontecer que tal situación no trascienda al resultado del fallo, bien porque este le fuera favorable a los intereses de quien impugna de falso el documento o bien, porque aún cuando le fuera adverso, nada tendría que ver con el" desechamiento del incidente, sin embargo, ni el resultado del fallo fue favorable a los intereses de mi mandante y ni siquiera fue valorizado en sentencia en función de la falsedad que sostuvo mi mandante.

En efecto, la falta de valorización, en función de su falsedad, por parte de la Comisión en la resolución impugnada es una violación grave, ha virtud de que dicho documento fue una prueba valorizada a foja 334 de la resolución impugnada como un elemento de convicción necesario para acreditar el punto referente a que Cemex hizo una invitación a la APITAM, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico, o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque a ese mismo puerto, y por ende, es éste momento (dictado de la resolución) cuando se aprecia que el proceder de la Comisión Federal de Competencia vulneró las garantías de la recurrente al no admitir la incidencia de mérito cuya violación trascendió al resultado del fallo por su indebida valorización, pues el oficio APIT-D.G.0755/2004 de fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro no fue estudiado en función a su falsedad por las razones antes expuestas.

Por lo que se ha ocasionado una violación procesal a mi mandante al no admitir a trámite la incidencia planteada y obstaculizar un debido proceso, pues se ha incurrido en un desequilibrio procesal y se ha ofuscado el derecho que tiene cualquier persona de que se le siga un debido proceso.

Dicha violación deberá ser analizada y en su caso ordenar la reposición del expediente para el efecto de que se admita a trámite la incidencia planteada.

El argumento es **infundado**, pues el juicio de amparo fue desechado y en consecuencia no hubo un pronunciamiento de fondo por parte de la autoridad judicial. Si bien se argumentó como motivo para desechar que tal situación pudiera no trascender al resultado del fallo, bien porque le fuera favorable a los intereses de quien impugna de falso el documento o bien, porque aún cuando le fuera adverso, nada tendría que ver con el desechamiento del incidente. También lo es que no fue en fallo en el cual se obligara a esta autoridad a pronunciarse en un determinado sentido, así como también es cierto que el desechamiento ha sido combatido por la recurrente

precisamente en este apartado numerales 8.3 a 8.3.6 en el que se han respondido todos y cada uno de sus argumentos al respecto.

En conclusión, los argumentos de Cemex no son suficientes para sustentar que el incidente de falsedad de documentos debió haber sido admitido y estudiado antes de dictarse "sentencia definitiva" dado su especial importancia, naturaleza y trascendencia, ya que como reiteradamente lo ha establecido esta Comisión, la impugnación de falsedad de un documento está sujeta al término de treinta días que se otorgan al emplazado para dar contestación al OPR. Aunado a que es **insuficiente** e **inoperante** determinar que *si en el presente caso el Código Federal de Procedimientos Civiles resulta igualmente supletorio a la Ley Federal de Competencia Económica, legislación que al igual que la Ley de Amparo tampoco señala el término en que ha de formularse el incidente de falsedad de documento, luego entonces dicho incidente es admisible en cualquier momento del procedimiento,* dado que como ya se expuso la LFCE y el RLFCE establecen y determinan el tiempo procesal para que el emplazado manifieste lo que a su derecho convenga, adjunte los medios de prueba documentales y ofrezca las pruebas que ameriten algún desahogo una vez emitido el OPR.

Décima primera.- Cemex argumenta en su **agravio Noveno** que existe una violación al principio de tipicidad en materia de sanciones por falta de fundamentación y motivación referente a la hipótesis prevista en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, por lo siguiente:

> **9.1.** La Comisión señala que existen elementos suficientes para presumir la presunta responsabilidad de CEMEX por la realización de prácticas monopólicas previstas en la fracción VI del Artículo 10 de la LFCE, consistentes en la invitación que se hizo a la APITAM, con propósito de disuadirla para que la APITAM no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque silo Mary nour al Puerto de Tampico; o bien actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque silo Mary Nour.
>
> Señala que de acuerdo con las Reglas Generales en Materia de Comercio Exterior, la AGA tenía la facultad de pedir una opinión a la CANACEM (en este caso), previo a decidir la inscripción en el Padrón sectorial de importadores, en el caso que nos ocupa la CANACEM opinó que CDM no contaba con infraestructura para almacenar cemento y le fue negada la inscripción por la autoridad. Cabe hacer notar que la Comisión menciona que la opinión no es vincuiatoria para la autoridad acorde a las citadas reglas (Página 34 de la resolución, quinto párrafo) y la propia Comisión (Página 36 segundo párrafo) acepta que se trató de un acto de autoridad y que no se trata de actos de un agente económico por lo que no se puede considerar una práctica monopólica. Concluye que pese a esto CEMEX pudo haber usado su influencia en el órgano de Gobierno de CANACEM (por tener 60% de los votos) para efecto de la opinión, a pesar de que CANACEM manifestó que los asociados no intervinieron, por lo que los argumentos expuestos por la Comisión a fojas 261 y 262 son improcedentes.

Es **inoperante por manifestaciones genéricas**, toda vez que son meras manifestaciones gratuitas que no tienen sustento o fundamento para señalar lo contrario o tendiente a controvertir la Resolución recurrida, pues además no controvierte ni siquiera el hecho de que tiene más del 60% de los votos en la CANACEM.

Así pues, la Comisión resolvió en la resolución que se impugna que:

> *"Respecto del argumento de que la CFC manifestó que Cemex influyo en la CANACEM también es **infundado**, ya que la CFC no señaló que Cemex influyó en la recomendación, únicamente mencionó que habían indicios de que Cemex podía influir en la decisión de la CANACEM. Dado el número de votos con los que cuentan las demás cementeras resulta lógico que contestaran que no tienen influencia en las decisiones de dicho organismo (la que le sigue a Cemex tiene 17% de los votos, mientras que Cemex cuenta con el 60% de éstos). En este sentido la presunción que se señaló en el OPR, fue que únicamente Cemex es quien puede tener influencia en la decisión de la CANACEM, más no los demás miembros. En efecto, en el OPR se señaló lo siguiente:*[134]
>
> *Dicha presunción se sostiene, pese a que se haya manifestado por las otras empresas miembro que la decisión de la CANACEM es autónoma y tomada por el ejecutivo de cuenta, ya que, como se ha venido señalando, Cemex tiene el sesenta por ciento de los votos en dicha Cámara y puede válidamente tener una influencia en el ejecutivo de cuenta, que es quién finalmente emite la recomendación a la AGA."*[135]
>
> *"...el número de votos que tiene Cemex en la CANACEM suponen un cierto control de las decisiones que se toman en dicha Cámara y en todo caso Cemex no niega tener esa participación y menos aún niega tener el control en las decisiones, antes bien sólo alcanza a señalar que es ajena a los actos de la CANACEM."*[136]
>
> *"**2.2 A que obtuvieran su registro en el padrón de importadores del sector específico del cemento***
> *a) **DOCUMENTALES PRIVADAS**: consistente en la copia simple de los escritos de tres y doce de febrero de dos mil cuatro*[137]*, emitido por el Director General de la CANACEM, por medio del cual se emitió opinión a la AGA en los que manifiesta que CDM no reúne los requisitos previstos en las RCGMCE para ser dado de alta en el Padrón Sectorial de cemento, ya que no cuenta con la infraestructura para el almacenamiento y distribución de la mercancía que pretende importar, ya que el buque-silo flotante no puede ser considerado como bodega.*
>
> *A dicha prueba se le concede el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción VII, 188, 197 y 217 del CFPC, al no haber sido objetados por Cemex y se encuentra corroborados por los otros medios de prueba analizados en esta consideración Octava de derecho y la consideración Séptima de esta resolución.*

---

[134] *Véase páginas 59 a 61 del OPR.*
[135] Páginas 195 de la Resolución recurrida.
[136] Página 261 de la Resolución recurrida.
[137] *Visibles a fojas 128 y 0129 del expediente.*

*b) **DOCUMENTAL PRIVADA:** consistente en el escrito de la CANACEM en respuesta al requerimiento de información con oficio DGI-10-096-2006-147[138] en el que señala que se encuentra integrada por todas las plantas de cemento en la República Mexicana a través de un sistema de afiliación que data del año mil novecientos cuarenta y ocho, y que cada Afiliado (cada planta de cemento afiliada), cuenta con un voto, de tal manera que siete empresas representan a las treinta y cinco plantas afiliadas cuentan con los siguientes votos:*

"Lafarge Cementos, S.A. de C.V. Un voto
Cementos Activados, S.A. de C.V. (Lafarge). Un voto
Cementos Apasco, S.A. de C.V. Seis votos
GCC Cemento, S.A. de C.V. Tres votos
Cementos Moctezuma, S.A. de C.V. Dos votos
CEMEX México, S.A. de C.V. Veintiún votos
Cementos y Concretos Nacionales, S.A. de C.V. (Cruz Azul). Un voto"

A esta prueba se le concede el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC, al no haber sido objetado por Cemex.
*c) **DOCUMENTAL PRIVADA:** consistente en la respuesta de Cemex al requerimiento de información con oficio DGI-10-096-2006-185,[139] en el que manifiesta que un buque-silo no puede ser utilizado como almacén permanente de cemento y en el que cita las razones.*
Este documento tiene el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203, 204 y 210 del CFPC.
*d) **DOCUMENTAL PRIVADA:** consistente en el escrito de fecha tres de septiembre de dos mil cuatro presentado ante el Juzgado Noveno de Distrito en el estado de Tamaulipas, por medio del cual el representante legal de la CANACEM solicitó que su representada fuese reconocida como tercero perjudicado en el juicio de garantías radicado en el expediente número 765/2004 promovido por MCC en contra del embargo realizado por la AMA y en el que manifestó que expresaba su fehaciente objeción de la operación y que la empresa que pretendiera comprar cemento nunca contaría con el apoyo de la cámara para inscribirse en el padrón.*
A tal prueba a la que se le concede el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC, al no haber sido objetada por Cemex.

*e) **DOCUMENTAL PRIVADA:** consistente en la respuesta de la AGA al requerimiento de información con oficio DGI-10-096-2006-216[140] en el que reitera que resolvió no otorgar el padrón sectorial a CDM, basándose en la opinión de la CANACEM, quien firmó que un buque-silo no podía considerarse un almacén.*
A dicha prueba a la que se le concede el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC, al no haber sido objetada por la emplazada.
Todos los anteriores medios de convicción llevaron a la siguiente conclusión:
Que la posición relativa de Cemex en la distribución de votos de la CANACEM es un indicio de que los intereses de ese miembro pudieron ser del conocimiento de la cámara y que, dado que CEMEX cuenta con veintiuno de treinta y cinco votos, esto es, sesenta por ciento de los votos en su órgano de

---

[138] *Visible a foja 3191 del expediente.*
[139] *Visible a fojas 5021 y 5022 del expediente*
[140] *Visibles a fojas 7532 a 7552 del expediente (véanse también folios 1291 a 1300 del expediente)*

gobierno,[141] *no puede descartarse la presunción de que dicha empresa tuviera conocimiento de la solicitud de opinión de la AGA respecto a la petición de CDM para inscripción en el registro de importadores y, en consecuencia, que hubiera podido ejercer su influencia al interior de la CANACEM, para efecto de que la opinión sobre la inscripción de CDM fuera negativa.*"[142]

En contra de tales manifestaciones expuestas en la Resolución recurrida, la recurrente no controvierte nada y por ende su argumento resulta **inoperante**, pues no basta con señalar que la propia CANACEM manifestó que los asociados no intervinieron, cuando que en la Resolución recurrida se le indicó: "*que habían indicios de que Cemex podía influir en la decisión de la CANACEM. Dado el número de votos con los que cuentan las demás cementeras resulta lógico que contestaran que no tienen influencia en las decisiones de dicho organismo (la que le sigue a Cemex tiene 17% de los votos, mientras que Cemex cuenta con el 60% de éstos). En este sentido la presunción que se señaló en el OPR, fue que únicamente Cemex es quien puede tener influencia en la decisión de la CANACEM, más no los demás miembros.*". Más aún se valoraron diversos medios de convicción que acreditaban esa intervención, pero, se insiste, Cemex no los controvierte y, por lo tanto, quedan intocados.

9.2. La Comisión menciona un contrato para comprar cemento en Indonesia entre Transclear y CTI Group Inc. Con base en una copia de un fax enviado por un señor Paulovits, donde Cemex era accionista en un 25% de Cementos Gresik y tenía un litigio con esta sobre su participación accionario pero que el nombre del barco llegó a oídos de la administración de Gresik en Yakarta y se instruyó no vender el cemento. Cemex conocía desde diciembre de 2003 el nombre del barco según esta Comisión. Por lo anterior, se señaló que Cemex por tener el 25% de participación en Gresik le pudo haber permitido persuadir o presionar al proveedor para no vender el cemento.

Irkon tampoco pudo cargar el barco en Taiwan, habla de un fax sin firma en inglés enviado por Transclear a CTI Group donde según una Sra. Rubio afirma que la negativa a cargar el barco fue por intervención de Cemex.

Sin embargo, la Comisión estableció que se demostró que las denunciantes pudieron tener acceso a un mercado internacional, mediante la compra de cemento en Rusia a CTI Group.

Cemex advierte que para unos faxes sin firma, en inglés sin la traducción correspondiente y sin haber estado firmados y ratificados por su autor, la Comisión le otorga un valor probatorio de indicio, y por el contrario, demostrando una inequidad procesal, respecto al documento privado identificado con el numeral cuarto en el acuerdo de fecha veinte de marzo de dos mil nueve consistente en una impresión de una nota periodística, la Comisión le niega valor probatorio por constituir una impresión carente de firma y de certificación, y que por sí misma no tiene valor probatorio pleno, ya que incluso es susceptible de elaboración por personas con conocimiento en

[141] *Información proporcionada por la CANACEM en respuesta al requerimiento de información DGI-10-096-2006-14. Foja 3191 del expediente.*
[142] Página 334 a 336 de la Resolución recurrida.

informática, por lo que sostiene la Comisión que no le otorga valor porque no existe otro medio de prueba que permitiera corroborar el origen y autenticidad del contenido, su fuente, así como su autor. Por lo tanto, existe inequidad procesal cuando la Comisión analiza en forma diferente el valor probatorio de documentos con naturaleza similar ya que a algunos les otorga valor y a otros no.

Respecto a los laudos arbitrales la misma Comisión dice que no hay indicios sobre la intención de Cemex de obstaculizar o impedir significativamente el suministro de cemento.

No obstante, señala que la Comisión viola los dispositivos legales y que no cumple con la regla para acreditar mediante indicios los hechos que acreditan la infracción ya que la misma señala que los actos de la APITAM no evidencia que hubiese actuado para impedir u obstaculizar la entrada del barco y de manera contradictoria y poco congruente la Comisión vuelve a señalar que se tienen elementos para presumir que Cemex realizó actos para invitar y persuadir a la APITAM para impedir la entrada al puerto de Tampico del barco Mary Nour. En su análisis de pruebas adicionales dice que presume que Cemex intentó presionar al señor Messeguer, de nuevo, no un hecho probado sino una presunción.

La primera parte del argumento se advierte que es **inoperante por reiterativo** ya que en la Resolución recurrida se resolvió su insuficiencia.[143]

> *"El argumento es **fundado, pero insuficiente**, ya que, considerando que la prueba proviene de un tercero, y es objetada por Cemex, esta prueba deberá valorarse con relación a otras pruebas, lo cual se realizará en el apartado correspondiente de la presente resolución.*
>
> *No obstante, como ya se ha dicho y quedará acreditado en el apartado correspondiente, Cemex era socio minoritario de Gresik por parte de la filial de Cemex México, lo que conjuntamente con el contenido de los laudos arbitrales, permite que se consideren como indicio de la presión que ejerció Cemex sobre los proveedores en Indonesia y en Taiwan.*
>
> *Por lo que hace a la transcripción "tiene un caso legal complicado con Cemex" no se desprende que Gresik actuara en contra de las intenciones de Cemex ni resulta absurdo que Gresik haya cedido a una posible petición de Cemex. Además, sin importar lo anterior, siguió siendo accionista y tenía derechos sobre Gresik hasta julio de dos mil seis.*[144]*"*

El argumento respecto a la inequidad procesal en la que la Comisión incurre al otorgar valor probatorio de indicio al documento en cuestión y no haberle otorgado el mismo valor a una impresión de una nota periodística es **infundado**, ya que la recurrente omite señalar que únicamente presentó una nota periodística para acreditar un hecho y que no la adminiculó ni

[143] Página 202 y 203 de la Resolución recurrida.
[144] Véase página 66 del OPR

ofreció una prueba adicional para perfeccionarla; en cambio, el fax fue valorado y adminiculado con otros medios de prueba. En efecto en la resolución se indicó:[145]

> *"En el caso que nos ocupa, la presente documental no alcanza a acreditar los extremos y el valor probatorio que la denunciada pretende le sean otorgados, de conformidad con los artículos 203, 206, 210-A y 217 del CFPC.*
>
> *La documental de referencia no puede ser valorada en los términos que pretende el agente económico denunciado, ya que, de acuerdo al contenido del último párrafo del artículo 203 del ordenamiento procesal civil en cita, no es posible determinar con fidelidad la autoría de dicho documento...*
>
> *"...se desprende que se trata de una simple impresión, motivo por el cual su formación quedó a su entera cuenta y, por tanto, no puede ser considerada como emitida por el sujeto al que pretende atribuir su autoría. Robustece lo anterior lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles que habla sobre la información que consta en medios electrónicos..."*[146]
>
> *"En tal orden de ideas, debido a que la exhibición de dicha documental, así como su emisión, estuvo a cargo del mismo agente, sin que existiere otro medio de prueba que permitiera corroborar el origen y autenticidad del contenido electrónico, su fuente, así como su autor, la misma resulta imperfecta y sin posibilidad de conceder el alcance que se pretende.*
>
> *Ahora bien, procesalmente, el ofrecimiento, admisión y valoración de medios probatorios con fuentes electrónicas debe ser realizado cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 217 del mismo dispositivo..."*[147]
>
> *Si se ofrece una documental consistente en la impresión de una hoja, que se aduce corresponde a un determinado escrito, de cierto autor, que aparece publicado en internet, ésta sólo tiene valor indiciario, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 217 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE y su Reglamento, el valor probatorio de cualquier medio aportado por los descubrimientos de la ciencia, como es internet, queda al prudente arbitrio judicial; por lo que se estima que* ***una impresión carente de firma y de certificación, por sí misma no tiene valor probatorio pleno, ya que incluso es susceptible de elaboración por personas con conocimientos en informática****, lo que conduce a considerar que la impresión de un documento, publicado en internet, es insuficiente para acreditar el contenido de dicha hoja, por lo que no puede otorgársele valor probatorio en los términos que se pretende*[148].
>
> *"A mayor abundamiento, aunque la documental referida tuviera efectos probatorios, los mismos sólo alcanzarían a acreditar la declaración de un individuo y la fecha en que ésta se emitió, no así los hechos declarados, tal como lo previene el artículo 203 en su párrafo segundo..."*

---

[145] Páginas 305 a 309 de la Resolución.
[146] Idem.
[147] Idem.
[148] Página 300 de la Resolución recurrida.

"Por tales motivos no es posible conceder el valor probatorio que se pretende por la emplazada y por ende no se desvirtúa la práctica monopólica relativa imputada".

"En conclusión la prueba consistente en las notas periodísticas ofrecidas como pruebas carecen de valor".[149]

Por su parte respecto al valor del fax, en la resolución se señaló:[150]

"2.- Había una abierta oposición de Cemex al proyecto del Mary Nour.

2.1 A que adquirieran cemento en el extranjero

*a) **DOCUMENTALES PRIVADAS:** consistentes en los reportes anuales de Cemex a la Bolsa Mexicana de Valores en los años dos mil cuatro y dos mil cinco,*[151] *en los que se advierte que en dos mil cuatro Cemex tenía una participación del veinticinco punto cinco por ciento (así como dos lugares en el consejo de administración y dos en el consejo de comisionados y el derecho para aprobar el plan de negocios conjuntamente con el Gobierno Indonés) en el Grupo Semen Gresik del que forma parte la planta de Padang, Indonesia, con quien se tenía contratado la compra de dos mil setecientas toneladas métricas de cemento para ser cargadas en el buque-silo Mary Nour. Asimismo se advierte que el grupo Semen Gresik había perdido el control operacional en su subsidiaria Semen Padang ante del gobierno de Indonesia, por lo que solicitó un procedimiento arbitral.*

Este documento tiene el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 208 del CFPC.

Estos elementos permiten suponer que Cemex mantuvo una participación accionaria indirecta significativa en la planta de cemento Padang y que este vínculo le pudo haber permitido persuadir o presionar al proveedor en Indonesia a no abastecer de cemento gris Portland al buque-silo Mary Nour.

*b) **ELEMENTO APORTADO POR LA CIENCIA:** consistente en la copia simple de un fax en idioma inglés de fecha quince de mayo de dos mil cuatro enviado por el [redacted] * quien actuaba como representante de la compañía Transclear, S.A. En este documento el remitente manifiesta: "(...) Padang Cement es parte del Grupo Gresik que consta de tres empresas controladas por el gobierno y que tiene un caso legal complicado con Cemex, un accionista minoritario pero sustancial del Grupo Gresik. Entiendo que el nombre del barco llegó a los oídos de la alta administración en Yakarta, quien finalmente instruyó a Padang a no cargar el barco. (...)"*[152]

Este elemento tiene el valor probatorio que le otorgan los artículos 93, fracción VII, 188, 197 y 217 del CFPC, al no haber sido objetado por Cemex y se encuentra corroborado por otros medios de prueba, como se verá a continuación.

---

[149] Página 301 de la Resolución recurrida.
[150] Véanse páginas 331 a 333 de la Resolución recurrida.
[151] *Visibles a fojas 5261 a 5342 y 5343 a 5428 del expediente (Tomo VIII)*
[152] *Fojas 0168 y 0169 del expediente. Traducción propia del fax.*

* Art. 31 bis LFCE

*c) **DOCUMENTALES PÚBLICAS:** consistentes en el laudo arbitral y las sentencias de la primera y segunda apelación proporcionadas por los denunciantes,[153] junto con sus correspondientes traducciones al español realizadas por perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Nuevo León, las cuales tiene el valor probatorio que les otorgan los artículos 93, fracción II, 129, 130, 197 y 202 del CFPC.*

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 569 del CFPC citado, dichas documentales pueden usarse como material probatorio en el presente procedimiento, ya que para esto sólo se requiere que se pruebe su autenticidad, misma que fue demostrada mediante las certificaciones hechas por notarios públicos de Londres, quienes manifiestan que las firmas estampadas en los documentos originales que les fueron presentados son auténticas, así como con la apostilla que se acompaña a dichos documentos. Al respecto, el artículo 1 de la Convención de la Haya sobre la Apostilla, denominada "XII CONVENCION PARA SUPRIMIR LA LEGALIZACION DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS EXTRANJEROS", establece lo siguiente:

"Art. 1.- La presente Convención se aplicará a los documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de uno de los Estados contratantes y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante.
Para fines de la presente Convención, los siguientes serán considerados documentos públicos:
a) Documentos que emanan de una autoridad o funcionario y relacionados con las cortes o tribunales del Estado, incluyendo aquellos que emanan del Ministerio Público, de un Secretario o de un Agente Judicial;"

De acuerdo a lo anterior, se concluye lo siguiente:

1. *Las documentales sobre el laudo arbitral y las dos apelaciones constituyen elementos probatorios respecto a los hechos que son materia de los mismos. En este sentido, dichos documentos constituyen elementos de prueba respecto de lo siguiente:*

   - *Que la empresa que contrataron las denunciantes para adquirir el cemento en Indonesia en un principio y posteriormente en Taiwán demandó arbitralmente a las empresas de Indonesia y Taiwan por incumplimiento de contrato al no haber surtido el buque-silo Mary Nour, como habían convenido, por supuestas presiones de Cemex.*
   - *La decisión de los árbitros de considerar que el contrato fue frustrado.*
   - *La decisión del juez que resolvió la Primera Apelación, en el sentido de que la decisión de los árbitros fue errónea, puesto que los vendedores en el contrato no fueron afectados por una causal de frustración del contrato, al determinar que la supuesta presión de Cemex no constituyó un evento imprevisible que los hubiera impedido al cumplimiento del contrato.*
   - *La decisión de los magistrados en la Segunda Apelación, confirmando la decisión tomada en la sentencia de Primera Instancia.*

2. *De acuerdo a lo previsto en el artículo 202 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE, las declaraciones contenidas en el laudo arbitral y en las sentencias a las dos apelaciones en el sentido de que tanto el comprador como el vendedor reconocieron una supuesta intervención o presión de Cemex, como tercero que no participó en dichos procedimientos, sólo hacen prueba*

---

[153] *Documentos acompañados en respuesta al requerimiento de información con oficio número DGIPMR-10-096-2008-246, visibles a fojas 9969 a 10025 y 10126 a 10189 del expediente (Tomos XIII y XIV).*

plena de que "(...) ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado".

Aunado a lo anterior, en la sentencia de la Segunda Apelación se indica claramente que los hechos sobre la supuesta presión de Cemex a los proveedores, aun cuando estuviera reconocida por las partes, no eran circunstancias que estuvieran claras, verificadas o que existiera certeza sobre su existencia. Esto se desprende de lo contenido en el numeral 26 de dicha sentencia, el cual se cita a continuación:

*"**Aunque los medios precisos en que Cemex puso presión en los proveedores potenciales quedan poco claros, los árbitros resolvieron que la negación de PT Semen Padang y otros de proveer la carga para su navío fue el resultado de la intervención.** No se encontró que la carga no estuviera físicamente disponible para el envío ya sea de Padang ni en Taiwán o que el envío desde cualquier de los lugares fuera ilegal. **En cada caso los proveedores simplemente escogieron el no hacer que los bienes estuvieran disponibles para su envío. Que fue una cuestión de su propia decisión, que en este caso era de libre ejercicio, al no estar bajo una obligación contractual con los vendedores**. Los vendedores no tenían recursos, y por eso desprotegidos, porque no tenían un contrato vinculante con sus proveedores.*

No obstante lo anterior, las declaraciones a que se refieren los árbitros en el juicio arbitral y la argumentación y elementos vertidos por el juez en la Primera Apelación y los magistrados en la Segunda Apelación, constituyen indicios de que existió un interés por parte de Cemex de intervenir y presionar a los vendedores de cemento en Indonesia y Taiwán, para que no proveyeran de cemento al buque-silo Mary Nour, bajo la consideración específica que el destino del barco era México.

Los elementos contenidos en las resoluciones citadas y que constituyen indicios sobre este aspecto se relacionan a continuación:

- *Referencia indicada en el numeral 3 del laudo arbitral. En este documento se indica que fue de común acuerdo entre el comprador y el vendedor en el contrato, que los distribuidores en Indonesia y Taiwan habían declinado la proveeduría debido a la presión impuesta sobre ellos por Cemex.*
- *Referencia indicada en el numeral 18 del laudo arbitral. La participación de Cemex con un veinticinco punto cinco por ciento (25%) del capital social de Gresik Group, el distribuidor de cemento en Indonesia, quien de acuerdo a lo indicado en el laudo arbitral, ambas partes, compradora y vendedora en el contrato, reconocieron esta vinculación comercial y en ella basaron la supuesta presión de Cemex para obligarlo a no proporcionar al Mary Nour el cemento solicitado.*
- *Referencia indicada en el numeral 21 del laudo arbitral. En este apartado, se indica que el Sr. Paulovits, director en jefe de los Vendedores, recibió una llamada telefónica del proveedor taiwanés, China Rebar Ltd., en el sentido de que no se encontraba en posición para proveer el cemento al Mary Nour, ya que había sido presionada por otra compañía taiwanesa que tenía un contrato mayoritario con Cemex, relativo a la proveeduría de cementos en los Estados Unidos de América, por lo que no había absolutamente nada que pudiera hacer al respecto.*

De acuerdo a lo anterior, esta Comisión observa elementos que constituye un indicio sobre una intencionalidad de Cemex para obstaculizar e impedir significativamente la provisión de cemento al Mary Nour en el extranjero, por el hecho de que éste estuviera dirigido a México."

El segundo argumento es **infundado**, ya que en la Resolución recurrida en efecto se sostuvo que la APITAM no llevó a cabo ninguna conducta y, por ello, resulta irrelevante si existe evidencia o no de que la APITAM haya impedido la entrada del buque o que haya tenido el incentivo para favorecer a Cemex. Al respecto debe señalarse que las prácticas monopólicas relativas se sancionan ya sea por su objeto, por su efecto o por ambas circunstancias y en el caso en específico se sancionó por el objeto; es decir, la intención de Cemex de obstaculizar e impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico.

> **9.3.** Cemex continúa señalando que la Comisión es omisa al fundamentar y motivar la aseveración de que Cemex al detentar el 25% de participación en Gresik permitió persuadir o presionar al proveedor para no vender el cemento, lo cual se señala en una copia de un fax enviado por el señor Paulovits. Asimismo, se habla de un fax sin firma en inglés enviado por Transclear a CTI Group donde una Señora Rubio afirma que la negativa de cargar el barco de IRKON en Taiwan fue por intervención de Cemex. Finalmente, se hizo referencia a un procedimiento de arbitraje en Londrés entre Transclear y CTI derivado de la no adquisición de cemento en Indonesia y Taiwan, donde se decidió que el vendedor era culpable de no vender el cemento y no podía deslindarse de su obligación aun en el caso de negativa de los proveedores por intervención de Cemex. Por todo lo anterior, la Comisión concluyó que hay elementos que pueden constituir indicios sobre la intención de Cemex para obstaculizar o impedir significativamente el suministro de cemento.

Por lo que hace a la primera parte del argumento se advierte que es **inoperante por reiterativo** ya que en la Resolución recurrida se resolvió su insuficiencia, de acuerdo a lo siguiente:[154]

> *"El argumento es **fundado, pero insuficiente**, ya que, considerando que la prueba proviene de un tercero, y es objetada por Cemex, esta prueba deberá valorarse con relación a otras pruebas, lo cual se realizará en el apartado correspondiente de la presente resolución.*
> *No obstante, como ya se ha dicho y quedará acreditado en el apartado correspondiente, Cemex era socio minoritario de Gresik por parte de la filial de Cemex México, lo que conjuntamente con el contenido de los laudos arbitrales, permite que se consideren como indicio de la presión que ejerció Cemex sobre los proveedores en Indonesia y en Taiwan.*
> *Por lo que hace a la transcripción "tiene un caso legal complicado con Cemex" no se desprende que Gresik actuara en contra de las intenciones de Cemex ni resulta absurdo que Gresik haya cedido a una posible petición de Cemex. Además, sin importar lo anterior, siguió siendo accionista y tenía derechos sobre Gresik hasta julio de dos mil seis.*[155]"

Por lo que hace a la traducción se señala que precisamente obra en el contenido del OPR[156] y el fax obra en el expediente,[157] por lo que pudieron válidamente exponer tal argumento en

---

[154] Página 200 y 201 de la Resolución recurrida.
[155] Véase página 66 del OPR
[156] Véase página 35 de la Resolución recurrida en dónde se transcribe el OPR así como el pie de página 80 de la misma. Traducción propia del fax.
[157] Véanse fojas 0168 y 0169 del expediente. Traducción propia del fax.

su contestación y al no haberlo hecho en su momento, ahora resulta novedoso y, por tanto, inatendible. Además, al momento de emplazarlo con el OPR se señaló que se daba vista y se encontraba disponible el expediente para que pudiera formular su defensa, por lo que cualquier manifestación sobre dicha traducción debió haberla realizado dentro del plazo legal que tiene para presentar su contestación al OPR.

9.4. Por otra parte, la Comisión refiere a un recurso de inconformidad presentado por Cemex ante la Capitanía del Puerto de Tampico objetando el proyecto de atraque y operación del buque-silo pues ponía en riesgo la operación de la terminal de Cemex por obstaculizar el canal. Sin embargo, ante la comparecencia del Director General de la APITAM en la Comisión indicó que el proyecto era novedoso y se pidió opinión a la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante quienes señalaron que no había inconveniente en el proyecto. Por lo que la Comisión resolvió que al no haber un dictamen técnico del proyecto no se podía pronunciar sobre su viabilidad y al no tener respuesta de la APITAM a la petición de los denunciantes sobre dicha factibilidad no se tiene certeza para ingresar al Puerto, por lo que la conducta del Director General de la APITAM no puede constituir un acto de omisión.

La Comisión habla de una reunión en veinticinco de mayo de dos mil cuatro entre el Director General de la APITAM señor Rafael Messeguer y el Ingeniero Jorge Tello en la ciudad de Monterrey Nuevo León para evaluar un proyecto para instalar una mini acería que produciría materiales para la construcción. El señor Messeguer dijo que en forma muy nebulosa sin ir directamente al punto el Ingeniero Tello mostró mucha preocupación por el arribo del barco al Puerto, a lo cual el señor Messeguer no hizo comentario alguno y reconoce que ni APITAM ni Capitanía pueden impedir el arribo del barco. El señor Messeguer dice le manifestó al Ingeniero que ellos atendieron a los promotores del proyecto del barco como a cualquier usuario del puerto y que estaba consciente de que había preocupación del Ingeniero por el inconveniente para la intención de seguir ejerciendo control del mercado, el Ingeniero le dijo que de no parar el proyecto, sería un fracaso personal para él y no para CEMEX. El señor Messeguer declaró a la Comisión que el incidente de su reunión con el Ingeniero Tello no representó amenaza para el. El Ingeniero Tello compareció ante la Comisión y declaró que su función en CEMEX es la de operar un sistema de información estratégica a nivel global, para procesar y difundir información pública, y confirmó la reunión con el señor Messeguer para ver un proyecto de una mini acería. La Comisión a página 69 de su Resolución, concluye que no hay elementos que permitan sustentar que la APITAM haya actuado (por omisión) en forma coordinada con CEMEX para impedir u obstaculizar la entrada del buque silo Mary Nour.

La Comisión concluye que con base en los elementos anteriores que los actos de la APITAM a través de su Director General no evidencian que haya actuado en el sentido de impedir u obstaculizar la entrada del buque-silo *Mary Nour* al Puerto puesto que no hay incentivos para favorecer a Cemex, ya que los beneficios que hubiese obtenido la APITAM habrían tenido una importancia relativa mayor que las operaciones de todos los usuarios de muelles públicos. Lo cual es contradictorio con su señalamiento respecto a que se tienen elementos suficientes para presumir que Cemex realizó actos dirigidos a invitar y persuadir a la APITAM a través de su Director General con el propósito de impedir la entrada del buque, utilizando así, los medios de defensa para

impedir el acceso. Sin embargo, Cemex argumenta que el análisis de tales procedimientos de juicios de amparo y suspensiones no son violatorios de la LFCE por lo que no le competen a esta Comisión analizarlos, pero insiste en señalar que es evidente la voluntad de Cemex de usar estrategias legales para impedir la entrada del barco y hace énfasis en la resolución del Juez noveno de Distrito que señaló la inexistencia del acto reclamado y que la sesión del Comité de Operaciones del Puerto no le afecto jurídicamente.

Resulta **inoperante** el argumento vertido por Cemex, y a fin de evitar reiteraciones ociosas y toda vez que ya fue respondido tal agravio con anterioridad, deberá estarse a lo señalado en los numerales 3.3 y 3.9 de esta resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, es de señalarse que en la Resolución nunca se indicó que la conducta tuvo efecto sobre la APITAM y que ésta actuó en consecuencia. La responsabilidad fue por el objeto de la conducta; es decir, la intención de Cemex de llevar a cabo la conducta, lo cual quedó plenamente acreditado en el apartado OBJETO DE LA PRACTICA MONOPOLICA COMETIDA POR CEMEX que corre de la página 359 a 367 de la Resolución recurrida, el cual no se transcribe por su abundancia. Se insiste en que las conductas se pueden acreditar por su objeto, por su efecto o por ambas circunstancias. En el caso en específico se acreditó el objeto de la conducta; es decir, la intención de Cemex de impedir la entrada del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico, con independencia de si logró o no persuadir a la APITAM, pues lo que se sancionó fue la intención (objeto) de la conducta.

9.5. No obstante, la Comisión viola el artículo 30 del RLFCE y el artículo 33 de la LFCE ya que la responsabilidad que se le imputa dentro del OPR únicamente se presume (página 28, cuarto párrafo, de la Resolución recurrida), lo que resulta contrario a lo establecido en tales ordenamientos ya que la responsabilidad no se puede presumir sino que debe acreditarse.

El agravio apuntado por Cemex deviene totalmente **inoperante por no atacar la resolución** ya que lo que pretende controvertir la recurrente es una cita del OPR "*En suma, de la exposición que se realiza en el presente apartado, se concluye que existen elementos suficientes para presumir la presunta responsabilidad de Cemex por la realización de prácticas monopólicas relativas previstas en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE, que se tradujeron en la invitación que hizo Cemex a la APITAM, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour en ese mismo puerto. Esta consideración se encuentra principalmente en el análisis del hecho tercero.*" Y no propiamente el contenido de la Resolución recurrida. Al respecto es de reiterarse que de la página 6 a la 160 de la Resolución recurrida se transcribe el OPR, con el fin de determinar en qué consistió la acusación, posteriormente se analizan los argumentos de la emplazada en defensa de la acusación, las pruebas y finalmente se imputa una responsabilidad y se impone una sanción.

En este sentido, la recurrente pretende recurrir el OPR en sí mismo y dado que no es motivo del presente recurso de reconsideración el OPR, resulta inatendible su argumento.

No obstante lo anterior, se señala que la emisión del OPR no tiene como finalidad acreditar la comisión de un conducta, sino poner del conocimiento del presunto o probable responsable la conducta de la cual se le acusa a nivel presuntivo, con el objeto de que se pueda defender y ofrecer las pruebas pertinentes antes de que se emita una resolución que ponga fin al procedimiento seguido en forma de juicio y en la cual se resuelva si existe o no responsabilidad, como lo fue la Resolución que ahora se recurre. En esa Resolución ya se hace una imputación, se acredita esa responsabilidad y se impone la sanción correspondiente.

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio del PJF:

> ***COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, POR REGLA GENERAL, NO ES UN ACTO QUE CAUSE UN AGRAVIO NO REPARABLE PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.*** *El artículo 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que procederá el juicio de amparo en materia administrativa contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal; jurisprudencialmente se ha determinado que hay ejecución irreparable cuando se afecta un derecho sustantivo que no sea capaz de ser restituido al dictarse la resolución final, es decir, que se afecten derechos sustantivos del gobernado. Por otra parte, el oficio de presunta responsabilidad a que alude el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, por regla general, tiene como objeto iniciar la segunda fase o etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, señalando los hechos investigados previamente por la Comisión Federal de Competencia, los artículos que se estiman violados de la ley de la materia, así como el nombre y domicilio del presunto responsable. Ahora bien, la circunstancia de que la ley utilice el término "presunto responsable" es insuficiente para considerar que se afectan derechos sustantivos del interesado, pues tal presunción, como su nombre lo indica, únicamente refiere que existen elementos suficientes para estimar en un grado superior al indicio, pero menor a la certeza absoluta, que el responsable incurrió en las conductas que se le imputan, sin que tal declaración afecte su esfera patrimonial o sus derechos legalmente reconocidos, pues será hasta que se resuelva en definitiva el procedimiento de investigación cuando, en su caso, se imponga alguna de las sanciones contenidas en el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica. Finalmente, la afectación invocada por la agraviada se destruirá con el sólo hecho de que aquélla obtenga una resolución favorable a sus pretensiones en el procedimiento de investigación seguido ante la Comisión Federal de Competencia, sin dejar huella en su esfera jurídica.*[158]

[158] No. Registro: 181,774. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.284 A Página: 1401. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de

9.6. Establece que Cemex "pudo" haber usado su influencia en la CANACEM, sin que exista prueba alguna de este hecho y al usar la expresión 'pudo" lo confirma la propia Comisión; lo mismo señala en relación a la compra de cemento en Indonesia donde dice que CEMEX "pudo" haber persuadido o presionado a Cementos Gresik para no vender el cemento, (dicho razonamiento también obra a fojas 259 y 260 de la resolución recurrida) cuando en realidad los indicios obran en contra de esa "presunción" ya que si está probado que CEMEX no tenía control de las operaciones de Gresik o sus subsidiarias; respecto a Indonesia y Taiwan la Comisión usa dos copias de faxes sin firma, en ingles y sin que los emisores de esos faxes hubieran ratificado su contenido ante la Comisión. Estos faxes solo refieren a opiniones subjetivas y comentarios de terceras personas, que de ninguna manera pueden constituir hechos probados de una negativa a cargar el barco por la intervención de CEMEX; mismas documentales que fueron objetadas en el escrito de contestación en cuanto a su contenido y valor probatorio, y negado en la imputación realizada a mi mandante, pues se señala que no es posible que dicho documento refiera a que "...permita suponer que Cemex intervino en la transacción para persuadir o presionar al proveedor en Taiwán para negarse a abastecer al Mary Nour", ya que es solo una manifestación que ni siquiera fue suscrita, ni mucho menos ratificada ante la Comisión por su supuesto autor y ni siquiera se hace referencia en dicho documento de quien es el supuesto proveedor (Padang) que fue presionado en Taiwán, ni la terminal o puerto en la que se planeaba cargar al Mary Nour, lo cual evidencia que se trata de una calumnia 'y un hecho no comprobado sin ningún valor probatorio; por lo que al otorgar la Comisión valor probatorio a dicho documento, aun con el carácter de indicio, infringe lo dispuesto por el artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles que establece que "el documento privado forma prueba de los hechos mencionados en él, sólo en cuanto sean contrarios a los intereses de su autor, cuando la ley no disponga otra cosa. El documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta. En caso contrario, la verdad de su contenido debe demostrarse por otras pruebas", y al haber sido objetado por mi mandante no adquiere la calidad de prueba plena; y más cuando en términos del artículo 271 de la Legislación adjetiva en comento, los documentos que se presenten en idioma extranjero se acompañará de la correspondiente traducción al castellano, misma condición procesal que no se cumplió en los autos del expediente DE-17-2006, pues el documento no se tradujo.

La Comisión infringe lo dispuesto por el artículo 203 del CFPC ya que se trata de una calumnia y un hecho no comprobado sin ningún valor probatorio a dicho documento; asimismo, cabe advertir que para unos faxes sin firma en inglés sin la traducción correspondiente y sin haber sido ratificados por su autor la Comisión le otorga valor probatorio de indicio lo cual demuestra una inequidad procesal al no haberle otorgado el mismo valor a una impresión de una nota periodística, por lo que a dichos faxes debió negarles valor probatorio bajo los mismos argumentos a dicha documental aunado a que no consta en autos que se haya dado vista a Cemex para que manifestará su conformidad respecto a la traducción en términos del artículo 132 de la Ley (sic) (se refieren al CFPC) por lo que carece de todo valor probatorio.

---

febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Es **inoperante** ya que la recurrente es **reiterativa** en su argumentos, ya que éstos ya fueron debidamente respondidos en los numerales 9.1 y 9.2 de esta consideración de derecho, por lo que deberá estarse a lo ahí señalado en obvio de repeticiones innecesarias.

Décima segunda.- La recurrente en su **agravio Décimo** *(sic)*[159] señala que se viola el principio de legalidad y seguridad jurídica, ya que el artículo 10 fracción VI de la Ley requiere la concentración entre o la invitación a varios "agentes económicos".

> **10.1.** A fojas 173 a 176 de la Resolución, la Comisión señala que lo expresado por Cemex en su contestación al OPR es infundado, señala que la APITAM tiene como propósito la administración portuaria integral de Tampico, en base a la concesión que le otorga el Gobierno Federal, para el uso y explotación de bienes de dominio público, y señala las funciones que la Ley asignan a la APITAM, quien no es una empresa denunciada y resulta equivocado señalar que por el solo hecho de pertenecer a la Administración Pública Federal implique que deba considerarse como autoridad y se apoya de una tesis del PJF la cual para Cemex no es suficiente, ya que no aborda el problema de concesiones para explotar bienes de dominio público, ya que una concesión implica aspectos de orden privado y de orden público, y las actividades regulatorias están sujetas a la normativa aplicable, que para el caso se ejerce una relación de supra a subordinación con los particulares. Lo anterior, toda vez que la APITAM tiene una serie de atribuciones que la Ley de Puertos le confieren así como otros ordenamientos, una de las cuales es la asignación de posiciones de atraque la cual debe considerarse como una facultad de orden púbico que se ejerce como autoridad, y en su carácter de autoridad, encontramos que la misma para poder llevar a cabo la administración de los bienes de dominio público que le fue encomendada, tiene una serie de atribuciones que la Ley de Puertos y el resto del marco normativo, debeben considerar como una facultad reglada, por lo que no queda ningún margen de discrecionalidad por parte de la APITAM respecto a los procedimientos que el Administrador Portuario deberá seguir para su tramitación.

Es **inoperante por abundar en sus manifestaciones** y **novedoso** por una parte, debido a que algunas de sus manifestaciones son reiterativas respecto a sus argumentos expuestos en su contestación al OPR, mismos que fueron declarados infundados por esta Comisión, precisamente en las páginas 173 a 176 que refiere la recurrente. Asimismo, se consideran como complementarias y abundantes a sus manifestaciones ya formuladas, pues adicionan la cuestión relativa a las concesiones que no fueron abordadas en su momento, pues no fueron planteadas por la ahora recurrente. Es de considerarse además que la cuestión reglada de la que hace referencia la recurrente se abordó también en la Resolución recurrida. Al respecto, en los numerales 1 y 8.1 de la Resolución recurrida se señaló:[160]

> *"**1.- Con relación a la consideración de derecho tercera del OPR**, la emplazada señala en su argumento (4.) que la APITAM es una empresa de participación estatal mayoritaria del Gobierno Federal, cuyo Consejo de Administración es presidido por el Coordinador General de Puertos y*

[159] La recurrente repite el número de agravio; es decir este debería de ser el Décimo Primero y no el Décimo.
[160] Véanse páginas 173 a 176 y 254 a 257 de la Resolución recurrida.

Marina Mercante de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por lo que forma parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y, por tanto, las facultades que establece la Ley de Puertos son ejercidos con carácter de autoridad.

La CFC consideró que la APITAM se encuentra relacionada con los hechos investigados bajo el carácter de agente económico. Lo anterior es contradictorio con las constancias del expediente y la naturaleza de la conducta desplegada por la APITAM en el marco de los hechos materia del procedimiento, en los cuales resulta evidente que actuó en su carácter de autoridad y no de agente económico.

*El argumento es **infundado**, ya que el OPR es claro en señalar qué carácter tiene la APITAM dentro de la investigación. En efecto, en la consideración Tercera del OPR se señaló, en lo conducente:*[161]

*"(...) **3. Otras entidades relacionadas con los hechos investigados***

(...)

***APITAM.** Sociedad constituida de conformidad con las leyes mexicanas el catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, mediante escritura número treinta mil noventa y nueve, pasada ante la fe del Licenciado Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, notario público número ciento cincuenta y tres del Distrito Federal.*[162]
Dicha sociedad tiene como objeto social la administración portuaria integral de Tampico, derivado de la concesión del Gobierno Federal, otorgada el treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro, a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (en adelante "SCT"); para el uso y explotación de los bienes del dominio público, la construcción de obras e instalaciones portuarias así como la prestación de los servicios portuarios en el citado puerto, entre otros.
En términos de la fracción VIII del artículo 40 de la Ley de Puertos y de su título de concesión, la APITAM es la encargada de la planeación, programación y desarrollo del puerto. Dicha entidad establece en un Programa Maestro de Desarrollo lo necesario para una eficiente explotación del espacio portuario. El Programa Maestro de Desarrollo autorizado por la Dirección General de Puertos durante diciembre de dos mil tres a abril de dos mil cinco era el "Programa Maestro de Desarrollo 2000-2005".
En términos de la fracción VII del artículo 40 de la Ley de Puertos y las Reglas de Operación del puerto de Tampico vigentes en dos mil cuatro,[163] *corresponde a la APITAM entre otras funciones asignar las posiciones de atraque de las embarcaciones, en los siguientes términos:*
"Ley de Puertos
Artículo 40.- Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:
(...)
VII. Formular las reglas de operación del puerto, que incluirán, entre otros, los horarios del puerto, los requisitos que deban cumplir los prestadores de servicios portuarios y, previa opinión del comité de operación, someterlas a la autorización de la Secretaría;
VIII. Asignar las posiciones de atraque en los términos de las reglas de operación;
(...)."

---

[161] *Páginas 24 a 26 del OPR.*
[162] *Fojas 2789 a 2823 del expediente.*
[163] *Las disposiciones que se citan se mantienen en los mismos términos en las Reglas de Operación vigentes en el dos mil ocho.*

"Reglas de Operación del Puerto de Tampico
(...)
IX. Operar los servicios de vigilancia, así como el control de los accesos y tránsito
"CAPITULO VIII
ARRIBO Y DESPACHO DE EMBARCACIONES
Regla 58.- Solicitud al buque
De acuerdo al código PBIP[164] *el Capitán, el Oficial de Protección del Buque, o el representante del buque deberá proporcionar a la Autoridad Marítima y Portuaria y a la Administración Portuaria el Aviso Previo al Arribo del buque (Advance Notice of Arrival) antes de su llegada a puerto, considerando la siguiente información:*
(...)
Documentos que se deben presentar con la información antes citada:
(...)
5. Requisitar y enviar con 48 hrs. de anticipación al arribo programado del buque, el Formato Advance Notice of Arrival (ANA) (salvo los casos previstos en estas Reglas de Operación del Puerto), a los e- mail designados por la Autoridad Marítima y Portuaria y por esta Administración."

REGLA 67.- Aviso de Arribo
Los armadores, navieros, operadores de buques o sus representantes autorizados en el puerto, de acuerdo a los artículos 45[165] *y 46*[166] *de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y el 66 del Reglamento,*[167] *darán aviso por escrito a la Capitanía y a la Administración, de la llegada de la embarcación, en los términos siguientes:*
I. Para el caso de arribadas forzosas o imprevistas, en cuanto se conozcan tales circunstancias.
II. Para el caso de travesías menores de 24 horas, con 12 horas de anticipación como mínimo; y
III. Para los demás casos, con 48 horas de anticipación."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión] (...)"

---

[164] *Corresponde al acrónimo en inglés para denominar The Code for the protection of Ships and the Harbor Facilities cuyo nombre en castellano es Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias.*

[165] *El artículo 45 de la Ley referida define cuándo ocurre el arribo de una embarcación en los siguientes términos: "Se considera arribada, la llegada de una embarcación al puerto o a un punto de las costas o riberas, procedente de un puerto o punto distinto, independientemente de que embarque o desembarque personas o carga, y se clasifica en:*
I. Prevista: la consignada en el despacho de salida del puerto de procedencia;
II. Imprevista: la que ocurra en lugares distintos al previsto en el despacho de salida, por causa justificada debidamente comprobada; y
III. Forzosa: la que se efectúe por mandato de ley, caso fortuito o fuerza mayor en lugares distintos al previsto en el despacho de salida.
Se deberán justificar ante la autoridad marítima las arribadas forzosas e imprevistas de las embarcaciones."

[166] *El artículo 46 de la Ley referida prevé que es facultad de la Capitanía del Puerto verificar que la autorización o rechazo del arribo de una embarcación al puerto cumpla con la normatividad aplicable en los siguientes términos: "Salvo en el caso de las arribadas forzosas, en la autorización o rechazo de arribo a puerto de embarcaciones, la autoridad marítima requerirá la documentación que establezca el reglamento respectivo, sin que los requisitos en él señalados sean superiores a los que dispongan los Tratados Internacionales. El reglamento correspondiente establecerá un régimen simplificado para las embarcaciones menores.*
La autoridad marítima, en su ámbito de competencia, estará obligada a verificar que en la autorización de arribo a puerto de embarcaciones se respeten las normas aplicables en materia de seguridad en la navegación y la vida humana en el mar, prevención de la contaminación marina, así como las demás que establezcan los Tratados Internacionales."

[167] *El artículo 66 del Reglamento de la Ley Referida establece que el facultad de la autoridad marítima, la Capitanía del Puerto, autorizar el arribo de las embarcaciones al puerto y requerir información sobre el arribo en los siguientes términos: "Para autorizar el arribo de embarcaciones mayores a puerto, la autoridad marítima exigirá: (...)."*

De lo anterior se observa que la investigación no se inició involucrando a la APITAM como empresa denunciada, sino como otra entidad relacionada con los hechos investigados y más aún en el OPR no se le señala como presunta responsable de alguna conducta violatoria de la LFCE, por lo que es claro que no existe ninguna contradicción como la que refiere Cemex.

No obstante lo anterior, resulta equivocado señalar que si una empresa forma parte de la Administración Pública Federal significa que, por ese simple hecho, deba considerarse como autoridad, ya que su constitución y sus actuaciones se rigen por las leyes mercantiles bajo las cuales fueron creadas.

Esto es, las empresas públicas, como en el caso resultan ser las empresas de participación estatal mayoritaria, no ejercen atribuciones de autoridad, ya que únicamente guardan un vínculo con el Estado.

Sirve de apoyo también a lo anterior el siguiente criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS. NO DEBEN CONFUNDIRSE CON LAS PERSONAS ESTATALES. *Si se toma en consideración que las finalidades de los organismos públicos descentralizados previstas en el artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, al estar referidas a la realización de una actividad prioritaria o estratégica, a la prestación de un servicio público o social y/o a la obtención o aplicación de recursos públicos para fines de asistencia o seguridad sociales, convierten a dichos organismos en ejecutores de objetivos que deben reputarse como fines propios del Estado o como fines públicos, resulta válido calificarlos como "personas jurídicas públicas", concepción que no debe confundirse con el de* ***"personas estatales" que es el carácter con el cual se puede identificar a otras entidades integrantes de la administración pública federal paraestatal, tales como empresas de participación estatal****, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y fianzas, y fideicomisos públicos, pues mientras* ***estas empresas simplemente guardan un vínculo con el Estado****, aquellos organismos, además, comparten las facultades y las funciones de éste y, especialmente, los fines de interés general. Además, esta diferencia finalista del órgano, de suyo, es* ***razón suficiente para justificar por qué unas pueden ser dotadas de atribuciones de autoridad, y las otras no.***[168]

De igual forma fortalece lo expresado por esta autoridad la siguiente tesis:

ADMINISTRACION PÚBLICA PARAESTATAL. SUS INSTITUCIONES NO FORMAN PARTE DE LA FEDERACION, UNICAMENTE SON AUXILIARES, QUE ACTUAN PARALELAMENTE A ESTA. *Las entidades de la administración pública paraestatal pueden concebirse como instituciones auxiliares de la administración pública centralizada, que actúan paralelamente a ésta, en los términos de los artículos 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 1o. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, con diversos objetivos necesarios o importantes para la satisfacción de necesidades colectivas, sin que pueda afirmarse que dichas instituciones sean órganos del Poder Ejecutivo Federal o partes integrantes de la Federación; contribuye a esta interpretación*

---

[168] *Novena Época. Registro: 187744. Instancia: Segunda Sala. Tesis: 2a. CCXXVI/2001. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XV, Febrero de 2002. Materia(s): Administrativa. Página: 72. Nota: Este texto sustituye al de la tesis número CCXXVI/2001 aprobada en la sesión privada del treinta de noviembre del año dos mil uno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 373.*

el análisis de la Ley General de Bienes Nacionales, en la que los bienes que integran el patrimonio de las empresas de participación estatal mayoritaria no son considerados como componentes del patrimonio nacional, ni como bienes del dominio privado de la Federación; lo que resultaría totalmente ilógico si dichas empresas formaran parte integrante del Ejecutivo Federal o de la Federación.[169]

Sin demérito de lo anterior, en el caso particular lo único relevante es el carácter de la APITAM como proveedor de un servicio que le presta a CEMEX y a los demás usuarios del puerto (como en ese caso lo eran potencialmente los denunciantes), pues como se señaló anteriormente, no se le imputó ninguna conducta contraria a la LFCE en este expediente."

(...)

*"**8.- Con relación a la consideración de derecho undécima**, la emplazada señala en su argumento que denomina "OBJETO DE LA PRÁCTICA RELATIVA IMPUTADA A CEMEX" que esta consideración es obscura, pues ahí se señala que Cemex cometió la práctica con base en el numeral 3.5 de la consideración de derecho Sexta y Séptima del OPR; sin embargo, en la consideración Séptima es confusa ya que ahí solo se menciona una hipótesis no comprobada y falsa, como lo es que había voluntad de Cemex para disuadir a la APITAM, pero no contiene ningún análisis de las pruebas ni de las demás constancias que integran el expediente.*

La afirmación contenida en la foja 278 del OPR en el que se señala falsamente que persuadió a la APITAM a través del Director General, para rehusarse a vender o comercializar el acceso a la infraestructura del Puerto de Tampico, con el propósito de disuadirlo de entrar al mercado relevante de la comercialización de cemento gris Portland en territorio nacional, no tiene sustento en las constancias que integran el expediente, todas vez que las únicas pruebas consisten en un documento suscrito por Rafael Meseguer Lima y una comparecencia del mismo ante la CFC, así como diversa comparecencia del Ing. Jorge Enrique Tello Peón a título personal y no como apoderado de Cemex, las cuales no son suficientes.

En la página 280 del OPR la CFC cita incompleto el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Puertos, ya que se elimina el listado de prioridades que se deben seguir en la asignación de posiciones de atraque, lo que comprueba que la asignación de posiciones es una facultad reglada de la APITAM y que constituye un acto de autoridad, por lo que no puede considerarse a la APITAM como agente económico.

*Los argumentos son **infundados**, ya que la valoración de las pruebas no se realiza en el OPR sino en la resolución que pone fin al procedimiento, como en el caso que nos ocupa. Esto es así ya que en el OPR no se hace una imputación como responsable, sino como un probable responsable, y en él se dan a conocer las conclusiones de la investigación realizada y se da oportunidad al emplazado de ofrecer pruebas y una vez desahogado el procedimiento seguido en forma de juicio se hace la valoración de todas y cada una de las pruebas para determinar si existe o no responsabilidad. Como en el caso que ahora nos ocupa, la valoración de las pruebas recabadas durante la investigación, las ofrecidas por la emplazada y las recabadas durante el procedimiento seguido en forma de juicio se realiza en un*

---

[169] *Octava Época. Registro: 800515. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: I. 4o. A. 282 A. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo : VII, Enero de 1991. Materia(s): Administrativa. Página: 109.*

apartado más adelante exprofeso para tal efecto, y en él se determina si hay o no pruebas suficientes y por consiguiente si hay o no responsabilidad.

Sirve de apoyo el siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación:

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, POR REGLA GENERAL, NO ES UN ACTO QUE CAUSE UN AGRAVIO NO REPARABLE PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. *El artículo 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que procederá el juicio de amparo en materia administrativa contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal; jurisprudencialmente se ha determinado que hay ejecución irreparable cuando se afecta un derecho sustantivo que no sea capaz de ser restituido al dictarse la resolución final, es decir, que se afecten derechos sustantivos del gobernado. Por otra parte, el oficio de presunta responsabilidad a que alude el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, por regla general, tiene como objeto iniciar la segunda fase o etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, señalando los hechos investigados previamente por la Comisión Federal de Competencia, los artículos que se estiman violados de la ley de la materia, así como el nombre y domicilio del presunto responsable. Ahora bien, la circunstancia de que la ley utilice el término "presunto responsable" es insuficiente para considerar que se afectan derechos sustantivos del interesado, pues tal presunción, como su nombre lo indica, únicamente refiere que existen elementos suficientes para estimar en un grado superior al indicio, pero menor a la certeza absoluta, que el responsable incurrió en las conductas que se le imputan, sin que tal declaración afecte su esfera patrimonial o sus derechos legalmente reconocidos, pues será hasta que se resuelva en definitiva el procedimiento de investigación cuando, en su caso, se imponga alguna de las sanciones contenidas en el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica. Finalmente, la afectación invocada por la agraviada se destruirá con el sólo hecho de que aquélla obtenga una resolución favorable a sus pretensiones en el procedimiento de investigación seguido ante la Comisión Federal de Competencia, sin dejar huella en su esfera jurídica.*[170]

Por lo anterior el segundo argumento de la emplazada resulta igualmente ***infundado****, ya que, como se verá más adelante, sí existen elementos de prueba suficientes que acreditan la comisión de la práctica monopólica en la consideración Séptima y Octava de esta resolución. Como se ha indicado en el OPR se realiza una imputación de manera presuntiva con base en los indicios que arrojan los medios de convicción recabados durante la investigación, pero en dicho oficio no se hace la valoración de las pruebas, sino en esta resolución.*

Finalmente, respecto a que el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Puerto establece un listado de facultades regladas que implica que la APITAM actúa como autoridad y no como agente económico, es ***infundado****, en los términos de la respuesta al argumento "****1.- Con relación a la consideración de derecho tercera del OPR****". Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 85 del Reglamento de la Ley de*

---

[170] *No. Registro: 181,774. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: I.7o.A.284 A Página: 1401. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.*

Puerto únicamente establece cuales son las prioridades para la asignación de posiciones de atraque y no propiamente una facultad reglada como lo sostiene la emplazada. En efecto dicho artículo señala:

Artículo 85. *El administrador asignará áreas de fondeo y posiciones de atraque de los buques, según se indique en las reglas de operación, atendiendo a las prioridades en el estricto orden que sigue:*
I. *Por la función o característica de la embarcación:*
a. *Los barcos hospitales en operaciones de salvamento de vidas;*
b. *Los barcos que conduzcan cargamentos para casos de emergencia, y*
c. *Los barcos averiados, cuando requieran atraque inmediato y no supongan peligro para el puerto.*
II. *Por la índole del tráfico:*
a. *Los barcos con itinerario fijo, y*
b. *Los barcos que no estén sujetos a rutas o itinerarios fijos.*
III. *Por las características de la carga:*
a. *En las terminales especializadas, los que transporten ese tipo de cargas o den servicio de pasajeros;*
b. *Los barcos que transporten productos perecederos, y*
c. *Los barcos que transporten mercancías clasificadas como carga general.*

De lo anterior no se observa que el administrador realice un acto de autoridad, sino más bien administrar y organizar la asignación de posiciones de atraque conforme a las prioridades que el propio artículo señala. Es decir, no establecen los requisitos que obliguen a autorizar la asignación de posiciones, sino un orden de prelación únicamente."

Independientemente de lo anterior, el otorgamiento de concesiones a las sociedades mercantiles de participación estatal mayoritaria, en particular para la administración portuaria integral, tiene la finalidad de explotar y aprovechar los recursos del dominio público, así como la prestación de servicios de este carácter con miras a satisfacer el interés general público, como es el caso de la APITAM, en donde éstas además de regirse bajo ministerio de ley, tienen personalidad jurídica autónoma determinada y patrimonio propio.

Así, la concesión del Estado otorga frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho para que una persona use, aproveche y explote bienes del dominio público conforme a las leyes y al título correspondiente, mas no le confiere por ese solo hecho la calidad de autoridad, puesto que se trata de un acto de permisión del Estado por el cual los particulares llevan únicamente a cabo tales usos privativos o aprovechamientos.[171]

[171] Gabino Fraga, en su libro de Derecho Administrativo, Porrúa (1994), 33ª edición, a página 371 señala respecto de la naturaleza jurídica de los efectos producidos por el acto de concesión que se producen *" dos clases de situaciones jurídicas: unas entre el concesionario y el Poder público (...) las cuales se rigen exclusivamente por disposiciones de derecho administrativo; otras, entre el concesionario respecto a particulares ajenos a la concesión, en virtud de que ésta constituye un bien patrimonial, susceptible de diversos contratos (...), y que desde ese punto de vista la concesión es un bien de derecho civil, y que tanto éste como las relaciones que con motivo de él se originan, se rigen por la legislación civil ordinaria o común que corresponda."*

A mayor abundamiento, debe precisarse que la cesión de derechos, en este caso, es llevada a cabo por una sociedad de participación estatal mayoritaria que, en principio, no tiene el carácter de autoridad aunque forme parte de la administración pública, pues no todos los órganos u organismos que la integran tienen ese carácter. Para que un organismo paraestatal tenga el carácter de autoridad se requiere que la ley que lo rige le otorgue facultades de esa naturaleza, lo que no acontece en el caso de la APITAM, por lo siguiente:

1.- La Ley de Puertos no otorga a los concesionarios el carácter de autoridad, aunque se trate de sociedades de participación estatal mayoritaria.

2.- Según se observa del artículo 38 de la Ley de Puertos, pueden ser concesionarias tanto sociedades mercantiles ordinarias como sociedades de participación estatal mayoritaria, sin que sus facultades sean esencialmente distintas, por lo que estas últimas actúan en la misma esfera que los particulares.

3.- Si bien el artículo 27 de la Ley de Puertos señala que la Secretaría (SCT) podrá establecer en los títulos de concesión para la administración pública integral, que la operación de terminales, marinas e instalaciones y que la prestación de servicios se realice a través de terceros, ello supone la celebración de un contrato de cesión de derechos, lo que determina, primero, que se está en el ámbito de lo contractual y, segundo, que si ceden derechos es porque éstos ya han entrado (con ciertas limitaciones a la propiedad) al patrimonio de la empresa concesionada, sea entidad pública o privada.

Además, precisamente la circunstancia de que las concesionarias no tengan el carácter de autoridad justifica que el artículo 29 de la Ley de Puertos determine que las concesiones, permisos y autorizaciones a que se refiere la propia ley se ajustaran a las disposiciones de la LFCE.

Debido a tales características se reitera que la APITAM no actuó como autoridad como lo señala la recurrente en una relación de supra y subordinación con los particulares ya que esta sociedad actúa y se rige por las leyes mercantiles correspondientes y mediante su título de concesión sin que ello haga incompatible o contradictorio su actuar, ya que presta sus servicios como Administración Portuaria en auxilio a las actividades del Estado, más no lo sustituye o representa. Por lo anterior, las manifestaciones señaladas por Cemex resultan equivocadas y para apoyar lo señalado se alude el siguiente criterio jurisprudencial:

> ***CONCESIONES PARA LA ADMINISTRACIÓN PORTUARIA INTEGRAL. EL ARTÍCULO SÉPTIMO TRANSITORIO DE LA LEY DE PUERTOS, QUE ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE OTORGARLAS DIRECTAMENTE A SOCIEDADES MERCANTILES DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA, ES CONSTITUCIONAL.*** *La facultad de la nación para imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público y para concesionar el uso, explotación y*

> *aprovechamiento de los bienes y recursos del dominio público, así como la prestación de servicios de este carácter, que se contempla en los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se contraviene por el artículo séptimo transitorio de la Ley de Puertos, que establece la posibilidad de otorgar concesiones para la administración portuaria integral directamente a sociedades mercantiles de* ***participación estatal mayoritaria****, puesto que el artículo 90 de la Carta Magna dispone que la organización de la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal; la primera, se conforma con las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, Consejería Jurídica y Procuraduría; y, la segunda, integrada por entidades establecidas por decretos del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo acorde a lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se caracteriza por tener personalidad jurídica autónoma determinada mediante declaración legal específica para cada caso, con un patrimonio propio, como es el caso de los organismos descentralizados, empresas de* ***participación estatal mayoritaria****, entre otras. En este contexto, cabe concluir que si la administración portuaria integral es el resultado de la concesión directa a un ente paraestatal del ejercicio de actividades cuya titularidad corresponde originalmente al Estado, quien la otorga con la finalidad de satisfacer el interés general y de que lo auxilien en la función pública que le compete, dicha facultad no se desnaturaliza porque la ejerza a través de una* ***empresa*** *paraestatal, ni con ello se transgreden los preceptos constitucionales mencionados.*[172]

Adicionalmente, deberá estarse a lo señalado en los numerales 3.4, 3.8 y 3.9 de esta Resolución en donde se aborda de manera directa también la calidad de la APITAM como agente económico.

> **10.2.** La Comisión a foja 175 referente a: 1) La relación patrimonial que tenía con la Holding de la Planta en Indonesia; 2) Los laudos arbitrales y 3) La subsidiaria de Cemex en Taiwán ya había sido sancionada por prácticas monopólicas, lo cual carece de la debida fundamentación y motivación puesto que para acreditar la práctica se requiere una prueba definitiva y, por tanto, no puede la Comisión resolver el argumento planteado en base a las presunciones contenidas en el OPR. Por tanto, no puede acreditarse la práctica bajo las mismas pruebas que se utilizaron para la presunta responsabilidad, ni obligar al presunto responsable a probar su inocencia.

El argumento que señala Cemex deviene de **inoperante** ya que no controvierte la Resolución recurrida mediante argumentos lógicos-jurídicos respecto a cómo debieron de haber sido analizados los elementos de convicción para imputar la responsabilidad a Cemex, limitándose a señalar que no puede acreditarse la práctica bajo las mismas pruebas que se utilizaron para la presunta responsabilidad a base de presunciones contenidas en el OPR.

No obstante lo anterior, las presunciones, tanto legales como humanas, constituyen elementos de prueba lícitos y reconocidos por el CFPC.

En efecto, el artículo 93 de dicho ordenamiento legal establece claramente que *"la ley reconoce como medios de prueba: (...) VIII. Las presunciones"*.

---

[172] Novena Época. Registro: 192,769. Instancia: Pleno de la SCJN. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Diciembre de 1999. Materia(s) Administrativa. Página 6

De igual forma, en los artículos 190 a 196 del mismo código adjetivo, se establecen las reglas que rigen para dicho tipo de prueba, en la que se explican los tipos de presunciones que hay y las cargas probatorias de las mismas, tal y como se puede apreciar de la siguiente trascripción:

> *"ARTICULO 190.- Las presunciones son:*
>
> *I.- Las que establece expresamente la ley, y*
> *II.- Las que se deducen de hechos comprobados.*
>
> *ARTICULO 191.- Las presunciones, sean legales o humanas, admiten prueba en contrario, salvo cuando, para las primeras, exista prohibición expresa de la ley.*
>
> *ARTICULO 192.- La parte que alegue una presunción sólo debe probar los supuestos de la misma, sin que le incumba la prueba de su contenido.*
>
> *ARTICULO 193.- La parte que niegue una presunción debe rendir la contraprueba de los supuestos de aquélla.*
>
> *ARTICULO 194.- La parte que impugne una presunción debe probar contra su contenido.*
>
> *ARTICULO 195.- La prueba producida contra el contenido de una presunción, obliga, al que la alegó, a rendir la prueba de que estaba relevado en virtud de la presunción.*
>
> *Si dos partes contrarias alegan, cada una en su favor, presunciones que mutuamente se destruyen, se aplicará, independientemente para cada una de ellas, lo dispuesto en los artículos precedentes.*
>
> *ARTICULO 196.- Si una parte alega una presunción general que es contradicha por una presunción especial alegada por la contraria, la parte que alegue la presunción general estará obligada a producir la prueba que destruya los efectos de la especial, y la que alegue ésta sólo quedará obligada a probar, contra la general, cuando la prueba rendida por su contraparte sea bastante para destruir los efectos de la presunción especial."*

Por su parte, el artículo 30 del RLFCE establece que, de existir elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas se emitirá un OPR, que contendrá, entre otras cosas, *"los elementos en que se apoye la presunta responsabilidad"*, y el artículo 33, en su fracción II, de la LFCE establece que el agente económico emplazado deberá manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten desahogo.

De lo anterior se advierte que en el OPR se contendrán las pruebas de cargo en contra del emplazado (incluyendo por supuesto a las presuncionales, al no hacer excepción alguna) y que en su contestación éste deberá presentar sus pruebas de descargo que tiendan a demostrar sus asertos.

Por tal motivo, si en el caso particular, en el OPR se contenían diversas presuncionales así como otro tipo de pruebas, con las cuales se demostraba la comisión de la conducta y su presunta responsabilidad; para impugnarlas, desvirtuarlas o negarlas, Cemex debía ofrecer los medios de prueba que obraban en su poder, de acuerdo con las reglas que para el ofrecimiento y valor probatorio establece el propio CFPC.

Es decir, corresponde a Cemex la obligación de respaldar su dicho con razonamientos o elementos de convicción para efectos de analizar si sus argumentos y pruebas eran suficientes para modificar o corregir el sentido en que fue emitido el OPR.

Lo anterior de modo alguno vulnera sus derechos de defensa, ni el principio de presunción de inocencia, pues conociendo los hechos y las pruebas que existían en su contra, tuvo la oportunidad de manifestar lo que a su derecho convino y de ofrecer las pruebas que estimara conducentes durante el procedimiento seguido en forma de juicio.

En efecto, aún en los procedimientos de tipo inquisitivo existe la obligación de quien ejerce su defensa de demostrar los hechos y circunstancias que afirme, cuando sea una afirmación contraria a lo probado y resulte la base de su defensa, pues el OPR ya contiene el sustento probatorio con el cual se presumió su responsabilidad, por lo que si no resulta desvirtuado al final del procedimiento seguido en forma de juicio y a criterio del Pleno las pruebas que obran en el expediente resultan suficientes para demostrar su responsabilidad, puede emitir una resolución sancionatoria. Lo anterior es así, pues el principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando la negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho, no es exclusivo del sistema dispositivo, sino que aplica a todo tipo de procedimiento seguido en forma de juicio.

Por tal motivo, es falso que para acreditar la práctica se requiere una prueba definitiva, pues se puede acreditar la conducta también a través de material probatorio que sea suficiente para inferir la existencia de la práctica y de la responsabilidad del agente económico emplazado, que en el caso en específico, nada más de la conducta se tuvieron veintiséis (26) pruebas (véase la consideración Octava) que la acreditaron, de manera congruente con el siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación:

> ***"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." [173]

10.3. En el punto 2.1., de la foja 177 dice la Comisión que es infundado el argumento de mi mandante ya que del reprote se menciona que la información, respecto a la participación en Semen Gresik, se refiere a Cemex y no a Cemex México; y que existe una vinculación patrimonial entre Cemex Asia y Cemex México, ya que aquella es filial de ésta y mi mandante no acredito no formar parte de dicho grupo de interés, es decir, que no forma parte de Cemex para poder desvincularse de ella. Cemex manifiesta que en ningún momento pretendió desvincularse de Cemex, lo cual sería absurdo, y lo que sostuvo fue que: i) Cemex México no tiene participación en Semen Gresik sino la tiene una empresa denominada Cemex Asia Holdings Ltd; ii) Cemex México no ha tenido una participación del veinticinco por ciento (25%) en Semen Gresik; iii) Existe una disputa legal entre Cemex Asia Holdings, Ltd y Gresik; iv) Es totalmente absurdo e inverosímil que Gresik haya cedido a una supuesta petición de Cemex México para no cargar el barco, ya que no existe control en Gresik por parte de la filial de Cemex y no existe tampoco una disputa legal entre Cemex Asia Holdings, Ltd y Gresik; v) Es imposible suponer que Cemex México hubiera podido persuadir al proveedor en Indonesia a no abastacer de cemento gris Portland al buque-silo *Mary Nour*; y vi) El hecho de que Cemex Asia Holdings, Ltd haya detentado el veinticinco por ciento (25%) de las acciones de Semen Gresik no es suficiente para inferir una presión hacia tal empresa.

Asimismo señala que el que niega no está obligado a probar y se remiten al escrito de contestación donde manifesto, entre otras aseveraciones que, Cemex no tiene participación en Semen Gresik; de ninguna manera se desprende que Cemex México haya tiendo una participación del veinticinco por ciento (25%) en Semen Gresik; se desconoce la vericidad sobre el intento de adquirir cemento por parte de los denunciantes pues no son hechos propios; existe una disputa legal entre Cemex Asia Holdings, Ltd y Gresik; y es imposible presumir que Cemex haya persuadido o presioado al proveedor en Indonesia a no abastecer cemento gris Portland al buque-silo Mary Nour.

[173] Registro: 168495. Tesis: I.4o.A. J/74. Jurisprudencia. Novena Época. Materia(s): Administrativa. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXVIII, Noviembre de 2008. Página: 1228.

Los agravios señalados devienen **inoperantes por abundar en sus manifestaciones y por manifestaciones genéricas,** toda vez pese a que esta CFC acreditó la participación de Cemex en Semen Gresik con base en el propio Reporte Anual de dos mil cuatro de Cemex, la recurrente se limita a ahondar sus manifestaciones sin combatir las consideraciones que se vertieron en la Resolución recurrida, ya que no acredita ni hace argumentaciones lógico-jurídicas sobre la no participación de Cemex México en Semen Gresik y las demás conclusiones derivadas de tal hecho a los que esta Comisión llegó mediante la información recabada,[174] además de que no explica o señala por qué es inverosímil y absurdo que Gresik cediera a la petición de Cemex México para no cargar el barco y por qué o cómo no es suficiente la inferencia a la que se llega sobre la presión de Cemex Asia Holdings, Ltd., a Semen Gresik por tener cierta participación accionaria, ni por qué es imposible suponer que Cemex México pudiera persuadir al proveedor de Indonesia.

Asimismo, resulta **inoperante por novedoso** el argumento de la recurrente que plantea el desconocimiento de la veracidad del dicho de las denunciantes en el sentido de que intentaron adquirir el cemento, pues en primer lugar no lo argumentó en su contestación al OPR y, en segundo lugar, en la misma Resolución y en el expediente obran los laudos que dan cuenta de que Cemex sí conocía sobre la adquisición del cemento por parte de las denunciantes.

Por lo anterior y con el fin de demostrar que sus manifestaciones ya fueron contestadas en la propia resolución a continuación se cita lo conducente:[175]

> "*2.1. Continua argumentando Cemex que no tiene participación en Semen Gresik pues quién la tiene es una de sus empresas filiales: Cemex Asia Holding Ltd, que es inexacto que del reporte anual presentado por Cemex a la Bolsa de Valores en el dos mil cuatro se desprenda que Cemex haya tenido una participación en Semen Gresik del 25% y que además es falsa la supuesta instrucción a la Planta Padang.*
>
> *El argumento es **infundado**, ya que en dicho reporte se menciona que la información, respecto a la participación en Semen Gresik, se refiere a Cemex y no Cemex México. No obstante, existe una vinculación patrimonial, ya que Cemex Asia es una filial de Cemex México, tal y como se dijo en el OPR, la emplazada reconoce y se aprecia a continuación:*[176]
>
> *"(...) Con respecto a la participación de Cemex en Indonesia, de acuerdo con el Reporte Anual 2004, sus operaciones en Asia incluían plantas en Filipinas y Tailandia, así como participaciones minoritarias en empresas de Indonesia y propiedad de activos en otros países. En conjunto, estas*

---

[174] De acuerdo al "Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2004", presentado por CEMEX a la Bolsa Mexicana de Valores, CEMEX tenía en el año 2004 una participación de 25.5% en Semen Gresik. Disponible en www.bmv.com.mx.
[175] Páginas 177 a 181 de la Resolución recurrida.
[176] *Páginas 63 a 66 del OPR*

actividades representaron aproximadamente dos por ciento (2%) de sus ventas netas, trece por ciento (13%) del total de su capacidad instalada y cuatro por ciento (4%) del total de sus activos.

Con referencia a la inversión de Cemex en Indonesia, el Reporte Anual 2004 señala lo siguiente[177]*:*

"Al 31 de diciembre de 2004, nuestra participación económica en Gresik, la productora de cemento más grande de Indonesia, a través de CAH [CEMEX Asia Holding, Ltd.], era de aproximadamente 25.5%. La República de Indonesia mantiene un 51% de participación en Gresik. Actualmente, contamos con dos lugares en el consejo de administración y dos en el consejo de comisionados de Gresik, así como el derecho para aprobar el plan de negocios de Gresik conjuntamente con el Gobierno Indonés.

El 31 de octubre de 2001, ciertas personas, argumentando representar al pueblo de la Provincia de Sumatra Occidental, en Indonesia, donde se encuentra ubicada la planta de Padang de Gresik, declararon que, a partir del 1 de noviembre de 2001, el control de Semen Padang, una subsidiaria en un 99.99% de Gresik la cual posee y opera la planta de Padang, había sido puesta temporalmente en manos de la población de Sumatra Occidental. Asimismo, se ordenó a la administración de Semen Padang ponerse a las órdenes del gobierno de la Provincia de Sumatra Occidental, bajo la supervisión de la Asamblea Popular de Representantes de Sumatra Occidental, como medida temporal previa a la "escisión" de Semen Padang. El 1 de noviembre de 2001, la Asamblea Popular de Representantes de Sumatra Occidental emitió una resolución aprobando dichas declaraciones. Consideramos que el gobierno de la administración local carece de autoridad legal para dirigir o interferir en los asuntos de Semen Padang. A partir del intento realizado por la administración local de la provincia de Sumatra Occidental en noviembre de 2001 para asumir la administración de Semen Padang, diversos grupos que se oponen a cualquier venta de las acciones del gobierno de Indonesia en Gresik han amenazado con paros y otras acciones que podrían afectar nuestras operaciones en Indonesia.

Algunos intentos posteriores por reasumir el control de Semen Padang, incluyendo cambios en la administración aprobados por los accionistas, se han encontrado con resistencia y demandas por parte de varios grupos de interés. La administración anterior de Semen Padang se negó a entregar el control de la misma hasta septiembre de 2003, cuando a la administración recién designada le fue finalmente permitido el acceso y tomó el control de Semen Padang. Sin embargo, consideramos que la recién designada administración fue admitida bajo la condición de acordar la escisión de Semen Padang, y en octubre de 2003, dicha administración acordó escindirla.

Gresik ha experimentado otras dificultades en Semen Padang, incluyendo la pérdida real del control operacional y financiero de Semen Padang, la imposibilidad de preparar unos estados financieros consolidados que incluyan las operaciones de Semen Padang y la imposibilidad de sus auditores independientes de proporcionar una opinión sin salvedades sobre dichos estados financieros. Como resultado de lo anterior, no hemos podido verificar de forma independiente cierta información respecto a las instalaciones de Semen Padang, así como de sus operaciones; y por lo tanto, la descripción general de las instalaciones y operaciones de Gresik presume la validez y autenticidad de la información proporcionada por la administración de Semen Padang.

---

[177] *Página 35. Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2004. Disponible en www.bmv.com.mx.*

(...) [Énfasis y texto entre corchetes añadidos por la Comisión]

A su vez, en el documento proporcionado por CDM "la Apelación interpuesta por CTI Group Inc., contra el laudo arbitral ante la División Queen's Bench de la Suprema Corte de Justicia en Inglaterra y Gales, identificado con el Caso No. 2006" en la sección de Antecedentes, numeral 9 se tienen señalamientos de que en mayo de dos mil cuatro, "CEMEX era dueña del 25% de la compañía madre de PTS.(...)." [178y 179]

Lo anterior sustenta que Cemex tenía una participación accionaria de veinticinco punto cinco por ciento (25.5%) en el grupo Semen Gresik en la fecha en que, de acuerdo a las denunciantes, la planta Padang les negó la provisión de cemento en Indonesia.

En ese mismo periodo, diciembre de dos mil tres, Cemex señaló que el grupo Semen Gresik había perdido el control operacional en su subsidiaria Semen Padang ante del gobierno de Indonesia, por lo que solicitó un procedimiento arbitral. En el Reporte Anual que Cemex presentó a la Bolsa Mexicana de Valores en dos mil cinco,[180] *se señala lo siguiente con respecto a su participación en Indonesia:*

"<u>Después de varios intentos fallidos de alcanzar una negociación o mediar la solución sobre estos problemas que involucran a Gresik, el 10 de diciembre de 2003, CEMEX Asia Holdings, Ltd., o CAH, nuestra subsidiaria propietaria de nuestra participación en Gresik, presentó una solicitud para llevar a cabo un procedimiento arbitral en contra de la República de Indonesia y del Gobierno Indonés</u> ante el Centro Internacional para la Solución de Conflictos sobre Inversiones (Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes), o ICSID, con sede en Washington, D.C. CAH tiene <u>como objetivo, entre otros, una rescisión del contrato de compraventa celebrado con la República de Indonesia en 1998, así como el pago de todos los gastos, costos y daños</u>. La ICSID ha aceptado y registrado dicha solicitud para llevar a cabo el procedimiento arbitral y el 27 de enero de 2004 emitió una notificación de registro. El 10 de mayo de 2004, se estableció un tribunal arbitral para que conociera de dicho conflicto. El gobierno de Indonesia ha objetado la jurisdicción de dicho Tribunal sobre las demandas interpuestas en la solicitud de CAH sobre el arbitraje, y se espera una audiencia durante 2005 para resolver las objeciones sobre jurisdicción antes mencionadas. No podemos prever el efecto, si lo hubiere, que estos hechos tendrán sobre nuestra inversión en Gresik, sobre cuál será la decisión del tribunal respecto de las objeciones de jurisdicción impuestas por el Gobierno Indonés o los derechos de la disputa , o el período de tiempo en el cual el tribunal se pronunciará."
[Énfasis añadido por la Comisión]

El veintisiete de julio de dos mil seis, Cemex vendió su participación accionarial en PT Semen Gresik al Grupo Rajawali de Indonesia, por aproximadamente trescientos treinta y siete (337) millones de dólares. Posteriormente, vendieron la participación restante en Semen Gresik[181].

---

[178] *Fojas 168 y 169 del expediente, traducción propia; y los numerales 8 y 9 de la sección Antecedentes de la sentencia de la Apelación interpuesta por CTI Group Inc., contra el laudo arbitral ante la División Queen's Bench de la Suprema Corte de Justicia en Inglaterra y Gales, proporcionada por CDM, visible en fojas 9982 a 9993.*

[179] *Denominada PT Semen Padang (PTS) en el procedimiento arbitral por incumplimiento de contratos que se presenta y analiza en el numeral 2.4 del segundo hecho de la Sexta consideración de derecho de este Oficio de Presunta Responsabilidad.*

[180] *Página 65. "Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2005".*

[181] *Página 19. "Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2005".*

Estos elementos permiten suponer que Cemex mantuvo una participación accionaria indirecta significativa en la planta de cemento Padang y que este vínculo le pudo haber permitido persuadir o presionar al proveedor en Indonesia a no abastecer de cemento gris Portland al buque-silo Mary Nour. (...)"

Además, la emplazada no acredita no formar parte de dicho grupo de interés; es decir, que no forma parte de Cemex para poderse desvincular de ella. Al respecto, sirven de apoyo las siguientes tesis de jurisprudencia emitidas por el Poder Judicial de la Federación:

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.*[182]

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 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 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.*[183]

---

[182] *Registro No. 168497. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, **Noviembre** de **2008** Página: 1227. Tesis: I.4o.A. J/69. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.*

[183] *Registro No. 168470. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, **Noviembre** de **2008** Página: 1244. Tesis: I.4o.A. J/66. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.*

Por otro lado, la Comisión no afirma que hubo una instrucción a la Planta de Padang; sin embargo, existen elementos que funcionan como indicios para presumir que sí hubo tal instrucción, los cuales se señalaron en el OPR, a saber:[184]

"(...) Los elementos contenidos en las resoluciones citadas y que constituyen indicios sobre este aspecto se relacionan a continuación:

- *Referencia indicada en el numeral 3 del laudo arbitral. En este documento se indica que fue de común acuerdo entre el comprador y el vendedor en el contrato, que los distribuidores en Indonesia y Taiwan habían declinado la proveeduría debido a la presión impuesta sobre ellos por Cemex.*
- *Referencia indicada en el numeral 18 del laudo arbitral. La participación de Cemex con un veinticinco punto cinco por ciento (25%) del capital social de Gresik Group, el distribuidor de cemento en Indonesia, quien de acuerdo a lo indicado en el laudo arbitral, ambas partes compradora y vendedora en el contrato, reconocieron esta vinculación comercial y en ella basaron la supuesta presión de Cemex para obligarlo a no proporcionar al Mary Nour el cemento solicitado.*
- *Referencia indicada en el numeral 21 del laudo arbitral. En este apartado, se indica que el Sr. Paulovits, director en jefe de los Vendedores, recibió una llamada telefónica del proveedor taiwanés, China Rebar Ltd., en el sentido de que no se encontraba en posición para proveer el cemento al Mary Nour, ya que había sido presionada por otra compañía taiwanesa que tenía un contrato mayoritario con Cemex, relativo a la proveeduría de cementos en los Estados Unidos de América, por lo que no había absolutamente nada que pudiera hacer al respecto.*

De acuerdo a lo anterior, esta Comisión observa elementos que pudieran constituir indicios sobre una intencionalidad de Cemex para obstaculizar e impedir significativamente la provisión de cemento al Mary Nour en el extranjero, por el hecho de que éste estuviera dirigido a México. Es el objeto de estos actos realizados por CEMEX en el extranjero lo que resulta relevante para el análisis del caso de mérito como se expone posteriormente en la Undécima consideración de derecho de este Oficio. (...)"

Cemex no combate ninguno de dichos indicios, por lo que, al no ser desvirtuados continúan siendo válidos y suficientes para llegar a la conclusión a la que se arribó en el OPR."

Finalmente, de lo anterior también se observa que no fue solo el hecho de que Cemex Asia Holdings, Ltd haya detentado el veinticinco por ciento (25%) de las acciones de Semen Gresik con lo cual se acreditó una presión hacia tal empresa, sino que también existen los laudos arbitrales que dan cuenta de ello, en conjunto con la propia declaración de las denunciantes.

10.4. La Comisión resolvió que el reporte anual 2004 se refiere a Cemex y no Cemex México, que existe una vinculación patrimonial ya que Cemex Asia es filial de Cemex México, y ésta última empresa no acreditó no formar parte de dicho grupo de interés, es decir, que no forma parte de Cemex para poder desvincularse de ella.

[184] *Páginas 85 y 86 del OPR.*

> La autoridad se encontraba obligada a probar los hechos que le imputó a Cemex y no razonar simplemente que mi mandante no acreditó no formar parte del grupo de interés, pues esto va en contra del principio procesal consistente en que el que niega no está obligado a probar.
>
> A este respecto la Comisión incurre en una motivación y fundamentación insuficiente ya que no acredita si el control que ejerce un grupo de interés sobre otra empresa es de conducción efectiva y si se comportan funcionalmente como una sola en el mercado; la autoridad no discierne un argumento válido en el que demuestre su afirmación consistente en que Cemex México ejerció influencia sobre Cemex Asia Holdings, Ltd.

De igual forma los anteriores devienen **inoperantes por no controvertir la resolución y por novedoso** limitándose a negar únicamente los hechos imputados referentes a la vinculación patrimonial existente entre Cemex Asia y Cemex México, señalando que esta CFC no razonó y que simplemente se señaló que Cemex no acreditó no formar parte del grupo de interés, pues contrario a lo que objeta la recurrente, la Comisión sí probó los hechos imputados. Basta con hacer una lectura de las páginas 175 a 179 de la Resolución recurrida transcritas en la respuesta al numeral anterior, en donde se establece expresamente que es la propia Cemex quien señala y reconoce que Cemex Asia es su filial, además de que el Reporte Anual así lo señala, lo cual no controvierte la recurrente.

Además, se hace patente que en su contestación al OPR, Cemex no manifestó ningún desacuerdo con relación a esta relación patrimonial, por lo que resulta inatendible que ahora la desconozca, pues resulta **novedoso**.

Por otro lado, el agravio apuntado por Cemex referente a que esta Comisión no discernió si el control que ejerce el grupo de interés, en este caso Cemex México, es de conducción efectiva y si se comporta funcionalmente como una sola empresa y que por tal motivo se incurrió en una motivación y fundamentación insuficiente, resulta **inoperante por novedoso y porque no controvierte lo planteado en la Resolución recurrida**. Lo anterior, toda vez que además de que esta autoridad sí acreditó que formaban parte de un mismo grupo de interés económico, existen criterios jurisprudenciales, tal como se apuntó en la Resolución recurrida, que señalan que el control que detenta un grupo de interés económico puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias o latente cuando es potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado pero sí un poder real.[185]

---

[185] **GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** Registro No. 168470. Localización: Novena Época.. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, **Noviembre** de 2008 Página: 1244. Tesis: I.4o.A. J/66. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

En el caso de Cemex, nos encontramos en el primer supuesto: control real, pues Cemex México es la controladora de Cemex Asia Holdings, Ltd., como incluso ella misma lo reconoce al dar respuesta al OPR, quedando inclusive así asentado en la Resolución recurrida.[186]

Aunado a lo anterior, debe advertirse que corresponde a la empresa demostrar que no es integrante de la unidad económica para efectos de determinar su política comercial de forma autónoma e independiente,[187] lo cual, como ya se vio no vulnera principio alguno, debido a que se encuentra sustentado por criterios jurisprudenciales del PJF.

10.5. Por otro lado, a foja 181 dice la Comisión que Cemex no atacó los argumentos de los laudos arbitrales, y menciona que al no atacar dichos indicios, estos son válidos y suficientes para llegar a la conclusión a la que se arribó en el OPR.

Y al efecto se equivoca la autoridad, pues contrario a su razonamiento, mi mandante si atacó las consideraciones en que se basó el OPR, bajo la forma y términos expuestos en su escrito de contestación, de la siguiente manera:

Son hechos ajenos a Cemex México en los cuales no tuvo injerencia; es incorrecta la afirmación de la autoridad respecto a la participación del 25.5% por parte de Cemex México en el grupo Semen Gresik ya que no presentó ningún reporte de la Bolsa Mexicana de Valores; el fax carece de valor ya que se trata de un documento privado que no fue ratificado por su emisor y carece de firma, membrete o cualquier otro medio pero su contenido hace prueba contra quien lo presenta; la afirmación sobre que la APITAM es un agente económico es completamente errónea ya que actuó ejerciendo facultades de autoridad; no es correcta la apreciación de que Cemex México tiene operaciones en Indonesia, Filipinas y Tailandia ya que dichas operaciones corresponden a diversa filial; al tener un conflicto legal entre Cemex México y Semen Grisik lo cual descarta la posibilidad de que Cemex México intervino en la planta de Padang para evitar que se cargara el barco; al señalarse que los hechos foja 65 no se refieren a Cemex México sino a la filial Cemex Asia Holdings, Ltd., se acredita que la presunción es incorrecta en la presión que hizo la primera respecto a la segunda (Gresik) para no cargar al barco; además a foja 67 se advierte que se trata de información que fue obtenida de una página de Internet que no corresponde a Cemex México y se señala que es totalmente irrelevante sobre el hecho narrado (tercer párrafo) se niegan procesalmente por no ser hechos propios; a foja 68 se niegan procesalmente los hechos que no son propios de Cemex en cuanto a su acción y sanción aunado a que no existe ninguna prueba directa o indirecta en el expediente que presuma que Cemex México por sí misma o por conducto de cualquier filial tuviera intervención para que los proveedores de Taiwán o Indonesia se negaran a abastecer el cemento al buque-silo Mary Nour; y respecto a los procedimientos llevados en el extranjero es falso que Cemex México por si sola

[186] Véanse páginas 175 a 179 de la Resolución recurrida.

[187] **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.** Registro No. 168497. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, **Noviembre** de **2008** Página: 1227. Tesis: I.4o.A. J/69. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

o por conducto de cualquier filial haya presionado a Semen Gresik en Indonesia o a cualquier proveedor de Taiwán.

La anterior aseveración es **infundada,** pues si bien es cierto que realizó todas esas manifestaciones en su contestación al OPR, también lo es que todas y cada una de ellas fueron atendidas en la Resolución recurrida en los apartados 2.1[188] y 3.4 a 3.7,[189] y fueron declarados infundados, inoperantes o insuficientes.

Todas esas consideraciones expuestas en la Resolución, no son atacadas por Cemex en el presente recurso, ya que se limita a transcribir lo señalado en dichos apartados y, por tanto, quedan firmes para regir el sentido de la Resolución recurrida.

10.6. Respecto a las apelaciones y procedimientos arbitrales se señala que es falso que Cemex México haya tenido intervención alguna en los hechos materia de la supuesta apelación y el arbitraje por si sola o por conducto de cualquier filial (CTI Group Inc., contra el laudo arbitral ante la División Queen's Bench) respecto a la presión a Semen Gresik en Indonesia o cualquier proveedor de Taiwán no existen medios de prueba; (68, 69, 70, 71 y 72) lo mismo respecto de la supuesta apelación y el arbitraje ante la Corte de Apelación interpuesta por Transclear S.A., contra la resolución de la División Queen's Bench. Así como es falsa la apreciación sobre la supuesta presión a los distribuidores de cemento en Indonesia y Taiwán por las razones anteriormente expuestas.

Asimismo, las documentales que contienen lo anterior no pueden considerarse como documentales con valor probatorio porque los procedimientos legales que se pretenden valorar iniciaron con un arbitraje privado de carácter comercial entre CTI Group y Transclear, S.A., para el pago de daños y perjuicios por incumplimiento. Las subsecuentes apelaciones tenían por objeto anular, modificar o confirmar el resultado del laudo arbitral anterior. Sin embargo, en términos del artículo 596 del CFPC, únicamente los laudos arbitrales privados de carácter no comercial serán reconocidos en la República por lo que los actos subsecuentes deberán seguir su misma suerte.

Por lo anterior y con base en el principio procesal relativo a que las partes exponen los hechos y el juzgador aplica el derecho, cuando el recurrente argumente inobservancia a los principios de congruencia y exhaustividad de la sentencia impugnada, basta que en sus agravios mencione cuáles fueron las consideraciones omitidas, por lo que si en el caso materia de estudio, la Comisión sostiene que mi mandante no atacó las consideraciones del OPR, y contrario a esto, se demuestra que si efectuó diversos razonamientos encaminados a desvirtuar el valor de los indicios que señaló dicha Autoridad, deviene en incongruente la sentencia que hoy se impugna, pues mi mandante sí atacó esas consideraciones contenidas en el OPR.

[188] Páginas 177 a 181 de la Resolución recurrida
[189] Página 202 a 206 de la Resolución recurrida

En cuanto a la incongruencia que alega, téngase por hechas las manifestaciones plasmadas en el apartado 10.5., anterior, a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias.

Por su parte, sus alegaciones resultan **inoperantes por reiterativas,** ya que la recurrente únicamente repite los argumentos expuestos en su contestación, mismos que ya han sido atendidos en la Resolución recurrida, sin combatir las consideraciones señaladas en ésta, mismas que se trascriben a continuación:[190]

> *Son **infundados** los argumentos, ya que a fojas 83 a 85 del OPR no señala que Cemex haya participado en los arbitrajes y apelaciones, simplemente, de conformidad con el CFPC se menciona que tales laudos son indicios de que existió un interés de Cemex para presionar a los vendedores en Indonesia y Taiwán.*
> *Por otro lado, debe hacerse notar que el artículo que cita no existe, pues el CFPC sólo consta de 577 artículos. No obstante y atendiendo al texto que transcribe, se observa que Cemex se refiere al artículo 569. Sobre el particular, se le informa que la parte aplicable del artículo 569 que permite que esta autoridad considere auténticos dichos documentos, corresponde a su segundo párrafo que dice: "Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen requisitos necesarios para ser considerados como auténticos"*
> *De dicho texto se desprende que en materia de pruebas, la ley no especifica a qué tipo de laudos se refiere - si comerciales o no-, por lo que debe aplicarse el principio general de derecho que establece que donde la ley no especifica el juez no tiene por qué distinguir.*
> *Por el contrario, en materia de ejecución de las sentencias a la que se refiere el primer párrafo del artículo 569, cuyo texto cita Cemex en su contestación al OPR a foja 23, efectivamente hace esa distinción y se corrobora con lo establecido por los artículos 570 y 571 del mismo ordenamiento legal.*
> *Luego entonces, si en el presente caso lo que se pretende es utilizarlo como prueba y no ejecutarla en territorio nacional, es evidente que cualquier laudo debe ser considerado auténtico si cumple con las formalidades requeridas, lo cual sí se acredita. En efecto, en la página 83 del OPR se señaló:*
> *"(...) La autenticidad de los documentos presentados por los denunciantes está acreditada, puesto que los documentos consisten en certificaciones hechas por notarios públicos de Londres, quienes manifiestan que las firmas estampadas en los documentos originales que les fueron presentados son auténticas, así como con la apostilla que se acompaña a dichos documentos. Al respecto, el artículo 1 de la Convención de la Haya sobre la Apostilla, denominada "XII CONVENCION PARA SUPRIMIR LA LEGALIZACION DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS EXTRANJEROS", establece lo siguiente:*
> *"Art. 1.- La presente Convención se aplicará a los documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de uno de los Estados contratantes y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante.*
> *Para fines de la presente Convención, los siguientes serán considerados documentos públicos:*
> *a) Documentos que emanan de una autoridad o funcionario y relacionados con las cortes o tribunales del Estado, incluyendo aquellos que emanan del Ministerio Público, de un Secretario o de un Agente Judicial;" (...)"*
>
> *De lo anterior se obtiene que dichos laudos son auténticos y pueden funcionar como prueba en el presente procedimiento, pues reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como tales.*

190 Véanse páginas 205 y 206 de la Resolución recurrida.

Además simplemente se citó el artículo 202 del CFPC, para determinar la naturaleza de los documentos, ya que su valoración es materia de la presente resolución y no del OPR.
En virtud de lo anterior, resulta apegado a la legislación aplicable que los laudos sean considerados como indicios consistentes en las acciones que realizó Cemex para "presionar a proveedores de cemento en Indonesia y Taiwán"; es decir, únicamente como prueba o indicio y no para ejecutarla, que no es el caso que nos ocupa. En este sentido, los laudos arbitrales sí son susceptibles de valorarse como prueba, contrario a lo que sostiene la emplazada en su último argumento, con independencia de que haya objetado el fax, ya que los elementos de convicción deben adminicularse para conocer la verdad de los hechos presentados en el presente expediente."

Décima tercera.- En su **agravio décimo (sic)**[191] la recurrente señala que hubo violación a las disposiciones legales relativas a la determinación del Mercado Relevante y Poder Sustancial.

11.1 Las denunciantes al no ser clientes de CEMEX debemos entender que la Comisión se refiere a clientes de la APITAM, por lo cual es totalmente incongruente el señalar que la APITAM, que no tiene interés alguno ni participa en el mercado de cemento gris pudiera o quisiera presionar a las denunciantes a no entrar en dicho mercado.

El argumento es **<u>inoperante por no atacar la Resolución recurrida</u>**, pues las denunciantes no combaten la imputación de responsabilidad en la Resolución recurrida y sacan de contexto lo ahí sostenido.

En efecto, en la Resolución nunca se ha dicho que la APITAM participe en el cemento gris, ni que quería presionar a las denunciantes para que no entraran al mercado. Lo que se dijo fue "*se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VI de la LFCE, consistente en el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.*[192]". [193]

11.2 La Comisión sin análisis previo ya establece como mercado relevante la comercialización al mayoreo de cemento gris en todo el territorio nacional. La Comisión al establecer las principales características de la actividad, señaló:

- Establece la definición de cemento y los tipos que existen y los usos de cada tipo, según la CANACEM, la Secretaría de Economía y la Norma Oficial Mexicana.

---

[191] La recurrente duplica su agravio Décimo o violación Décima en las páginas 96 y 107 en su recurso de reconsideración.
[192] Consideración Sexta y Séptima del OPR, visible a páginas 51 y 153 de dicho oficio.
[193] Véase página 325 de la Resolución recurrida.

- Concluye que hay diversos tipos de cemento y que sus diferencias dependen del contenido de clinker, cuando del cuadro que presenta en la página 95 se observa que depende de la mezcla de diversos materiales.
- El cemento blanco lo trata por separado.
- Considera al concreto premezclado y al mortero como derivados de cemento.
- Al hablar del modelo de negocios dice que en México el cemento se vende a través de distribuidores, y una parte menor a través de productores de concreto premezclado, fabricantes de productos de concreto y contratistas de la construcción, indicando que las ventas de cemento al menudeo fueron aproximadamente el 66% de la demanda del mercado en 2006. Cabe señalar que en la página 15 la Comisión señala que el periodo en el que ocurrieron los hechos investigados va de Diciembre de 2003 hasta abril de 2005.
- Señala que los productores de cemento participan todos en la comercialización al mayoreo en el territorio nacional y sólo CEMEX tiene una red de distribuidores, sin embargo señala que todas las empresas realizan ventas a clientes y distribuidores y que es a través de estos últimos que el cemento llega al usuario final.
- Describe el modelo de negocios de las denunciantes como la comercialización en un radio de aproximadamente 500 kms a partir del Puerto de Tampico / Altamira Tamaulipas y establece que las denunciantes celebraron acuerdos con pequeños distribuidores, pequeños constructores, contratistas y público para la entrega de cemento en diversos puntos a precios LAB puerto y que se hicieron acuerdos con constructores de Monterrey que construyen en la zona golfo y noreste de México. Dice la Comisión que como las ventas eran LAB Puerto, no planeaban competir en el transporte.
- Procede la Comisión a establecer las posibilidades de sustitución partiendo de los usos y de la participación en el valor agregado de la construcción de diversos materiales, señalando que la edificación residencial es el principal rubro del sector de la construcción, y concluye que los participantes en la industria señalaron que el cemento tiene diversos usos según sus características; con lo que se demuestra que el argumento de mi mandante no era infundado como incorrectamente lo señaló a foja 247 de la resolución.
- Señala que según los productores de cemento la posible sustitución de este está asociada al uso que se da al cemento, por lo que no hay sustitutos con independencia del uso final que se da al cemento.
- La Comisión presenta en la página 116 de su resolución el análisis de la correlación de precios entre el cemento y diversos productos y concluye que los coeficientes son bajos por lo que no son sustitutos, es decir los precios en esos productos no guardan relación con el del cemento y reitera sus argumentos a foja 244 de la resolución impugnada.
- Analiza las posibilidades de sustitución por el lado de la oferta, considerando los materiales e insumos usados en la producción de cemento y concluye que siendo el clinker el principal insumo, no hay sustitutos en este renglón. Vuelve a señalar (página 118) que sí se aprecia sustitución entre los diversos tipos de cemento.
- Señala que no hay métodos de producción alternativos que ubiquen a otras industrias como competidoras potenciales de las empresas productoras de cemento.
- Hace un análisis de los costos de Distribución, indicando que se trata de la comercialización de cemento al mayoreo.

- La Comisión señala que entre menos plantas productoras se tengan habrá que cubrir mayores costos de distribución y señala que el costo de transporte no limita la dimensión geográfica del mercado refiriendo una respuesta que dio Cementos Moctezuma a un cuestionario enviado. Señala que Cemex tiene precios diversos en los diferentes Estados del País, y señala (sin prueba alguna) que esto no "necesariamente" obedece a costo de transporte sino a descuentos y en la página 125 muestra un cuadro en donde divide el valor de ventas entre el volumen y obtiene precios promedio (sin dar detalles de la composición del volumen o de los valores de ventas). Concluye que el cemento gris está disponible en todo el territorio y es asequible a los clientes de los productores a precios semejantes que resultan de estrategias de descuento.
- La Comisión concluye a página 130 que el mercado es nacional pues (1) en todo México se vende cemento; (i) la distribución de plantas en todo el país y las cadenas de distribución garantizan el abasto en todo el País; (iii) los precios son similares en todo México; (iv) los precios entre países presentan un alto grado de dispersión; y (v) los costos de distribución no limitan la dimensión geográfica del Mercado.
- Señala que la opinión que la AGA podía pedir a la CANACEM conforme a la normativa aplicable a efecto del registro en el Padrón Sectorial de Importadores, resultó una restricción impuesta por la CANACEM para bloquear las importaciones.
- Señala la Comisión (Página 134) que las probabilidades que los consumidores de cemento al mayoreo tienen de acudir a otros mercados disminuyen por: (i) dificultades "que enfrentan para obtener el Padrón Sectorial", (ii) dificultades de importación y (iii) defensa del mercado que hacen las cementeras (caso *Mary Nour*).

Lo anterior es violatorio de los artículos 9, 10, 11, 12 y 13 del RLFCE vigente cuando sucedieron los hechos, en relación con el 11,12 y 13 de la LFCE

Esta supuesta infracción que señaló la Comisión no es la misma por la cual se sanciona a mi mandante en la Resolución recurrida, en virtud de que al analizar la página 328 de dicha Resolución, la Comisión refiere al acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que CEMEX invitó a la APITAM con el propósito de disuadirla para que la APITAM no efectuara los actos necesarios a efecto de autorizar la entrada y operación del buque silo *Mary Nour* al Puerto de Tampico; o bien actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del citado buque.

En un caso se habla de presión por parte de la APITAM hacia su cliente; y en otro se omite hablar de esa presión y se omite hablar de cliente, sólo se habla de invitación a no realizar ciertos actos; o bien hacer algunos actos.

Lo anterior viola, como se reitera, la garantía de seguridad jurídica y de exacta aplicación de la Ley en materia de sanciones, consecuentemente el Mercado Relevante no parte de un supuesto claro, pues bien pudiera tratarse del mercado de servicios portuarios ya que se habla de presionar a un cliente de la APITAM.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, pues no señala cómo es que a partir de la definición de mercado que resume en su agravio se violan los artículos 9°, 10, 11, 12 y 13 del RLFCE, en relación con los artículos 11,12 y 13 de la LFCE.

Resulta **infundado** el argumento porque si bien en el OPR se señaló "*que Cemex hizo a la APITAM para ejercer presión en contra de un cliente (las denunciantes) para disuadirlo de entrar, a través del puerto de Tampico, al mercado relevante de la comercialización al mayoreo de cemento gris Portland en el territorio nacional.*"[194], también lo es que la conducta por la cual finalmente se sancionó es la establecida en la página 325 de la Resolución recurrida en donde se señaló: "*acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.*". En este sentido, si resulta claro cuál fue la imputación que se le hizo y cuál fue la razón del por qué se le sancionó a la recurrente, pues a lo largo de la Resolución recurrida que es el acto recurrido y no el OPR se analizaron todos y cada uno de los hechos. En específico en la consideración Octava está la valoración de todas las pruebas, una por una para acreditar la conducta, el mercado relevante, el poder sustancial y el objeto de la conducta, lo que le permite a la ahora recurrente poder defenderse de la imputación, como ahora lo hace.

Finalmente, respecto a que el mercado relevante no parte de un supuesto claro, pues bien pudiera tratarse del mercado de servicios portuarios ya que se habla de presionar a un cliente de la APITAM, resulta **inoperante por novedoso**, pues tal argumento no fue expuesto en su contestación al OPR y por ende no forma parte de la Resolución recurrida. Sin embargo, es de señalarse que el mercado relevante en donde se cometió la práctica monopólica relativa se definió en la Resolución recurrida como el de la comercialización al mayoreo de cemento gris Portland en el territorio nacional,[195] en donde las denunciantes iban a competir con Cemex y ciertamente en ninguna parte de la Resolución recurrida se habla del mercado de servicios portuarios, por lo que la inferencia que realiza la recurrente carece de sentido, pues como ya se indicó en el numeral 10.1 de esta resolución, tanto Cemex como las denunciantes en su momento iban a ser clientes de la APITAM, pues les iba a prestar servicios portuarios, pero de ello no puede hacerse una inferencia tan simple como el no saber cuál es el mercado relevante.

> **11. 3** Para definir el Mercado Relevante, la Comisión debe partir de los hechos que investiga y el mercado relevante es aquel en donde se materialicen los efectos de la práctica investigada. Los propios denunciantes señalaron que su intención era comercializar el cemento en un radio de 500Kms del Puerto con ventas LAB Puerto, este aspecto fue simplemente ignorado por la

[194] Véase página 172 del OPR.
[195] Véase página 354 de la Resolución recurrida.

Comisión en la Resolución que se recurre a pesar de que éste es el mercado en donde se daría la competencia efectiva.

La Comisión tampoco consideró que ni los denunciantes, ni la propia Comisión, obtuvieron u ofrecieron prueba alguna de los arreglos, contratos o convenios con distribuidores, contratistas y clientes que las denunciantes dicen haber hecho, por lo que no existe prueba alguna.

El argumento es **inoperante por novedoso y por manifestaciones genéricas**, pues en primer lugar el mercado relevante fue definido desde el OPR, por lo que la recurrente conoce desde que se le emplazó al procedimiento seguido en forma de juicio, los elementos que tomó en cuenta la Comisión para delimitar y definir dicho mercado relevante, y se encontraba obligado a controvertirlos en su contestación al OPR so pena de tenerlos por ciertos, tal y como lo dispone el artículo 32, primer párrafo, del RLFCE. En segundo lugar, las recurrentes no señalan cómo es que, de haber tomado en consideración tales circunstancias, hubiera modificado la Resolución recurrida, tampoco acreditan que por el simple hecho de vender en un radio de 500 Km del Puerto este iba a ser el mercado en donde se daría la competencia, pues no aporta ningún elemento de los previstos en el artículo 12 de la LFCE para hacer tal afirmación; es decir, que ese sería el mercado relevante.

Al respecto y sólo para señalar que ese no podría ser el mercado relevante se indica que en la Resolución recurrida a página catorce en donde se cita parte del OPR se indicó: *Posteriormente las denunciantes precisaron que "En la primera etapa, se había programado un circuito de barcos alimentadores que suministrarían al silo flotante a un ritmo aproximado de* [redacted] * [redacted] *al mes, por un año.* [redacted] * [redacted] *al año). En el segundo año, se pretendía colocar en el mercado un total aproximado de* [redacted] * [redacted] *recortando el periodo de realimentación del Mary Nour, de un mes a tres semanas. Entre el segundo y el tercer año del proyecto, se traerían buques bajo el mismo esquema, a puertos del sureste, noroeste y suroeste del país."*[196] En este sentido, resulta impreciso que se hable sólo de un radio de quinientos kilómetros cuando la intención de las denunciantes era entrar por tres puertos más para abarcar todo el país.

En cuanto a que no se obtuvieron u ofrecieron prueba alguna de los arreglos, contratos o convenios con distribuidores, contratistas y clientes que las denunciantes dicen haber hecho, el argumento resulta también **inoperante**, pues el hecho de que existan pruebas o no en el expediente respecto de los arreglos, contratos o convenios de las denunciantes con eventuales clientes, no modifica el mercado relevante definido en la Resolución recurrida, ni la determinación del poder sustancial, ni la acreditación de la conducta. En todo caso, las recurrentes son omisas en señalar cómo tales elementos hubieran modificado dicha Resolución.

[196] Foja 0523 del expediente.

* Art. 31 bis LFCE

11.4. La Comisión acepta que hay varios tipos de cemento gris con diversos usos, por otro lado, en la Resolución recurrida no hace una separación de esos tipos a efecto de determinar el mercado relevante, tampoco establece que tipo de cemento pensaban las denunciantes importar.

Más aún, la Comisión no analizó en la Resolución recurrida el grado de sustitución entre sí de los diversos tipos de cemento y los efectos en la oferta y demanda de estos tipos respecto de unos a otros, esto es lo que se conoce como elasticidad cruzada, lo cual nos indicaría que tan sensibles son los precios a una sustitución en cada tipo de cemento, como tampoco efectuó un análisis de elasticidad cruzada de los sustitutos que menciona en su Resolución recurrida. El examen de las correlaciones estadísticas de precios es irrelevante, lo que se debió hacer es analizar qué grado de sustitución se puede dar si los precios del cemento varían de forma que los consumidores se vean en la necesidad de dejar de consumir cemento. La misma Comisión reconoce que conforme a la información de los productores de cemento, la sustitución es en función del uso del cemento.

11.5. No es correcto que se hayan declarado infundados los argumentos de Cemex expuestos a fojas 244, 245 246 y 247, de la Resolución recurrida en virtud de que, de acuerdo al conjunto de materiales manufacturados para la construcción a las clases de actividad que se detallan en el Cuadro 10, tomando datos de la Encuesta Industrial Anual del INEGI, entre dos mil tres y dos mil seis, no son todas las que corresponden a materiales utilizados en la construcción. Este hecho resulta evidente mediante la simple inspección de la lista de materiales que el Banco de México incluye en el cálculo de sus índices de Costo de la Construcción (tanto el correspondiente a la construcción en general como el específico para la construcción residencial). Dicha lista incluye al alambre y los productos similares, incluyendo la varilla y el alambrón, la cal, el yeso y los productos hechos de ese material, a los vidrios, los materiales y equipos eléctricos, las pinturas y los selladores, por mencionar sólo algunos. La participación del cemento en términos del valor agregado se reduce a menos del 40% del total (contra más del 75% que se reporta en el Cuadro 10) y se observa, además, que tal participación disminuyó en más de 3 puntos porcentuales en sólo tres años, entre dos mil tres y dos mil seis. La discrepancia es igualmente abultada cuando se consideran, en conjunto, al cemento y los derivados de éste: la proporción correcta para dicho conjunto de materiales es inferior al 50% del total, no superior al 90% como argumenta la Comisión.

Sin embargo, el análisis de sustitución de insumos no es relevante pues aquí se trata de determinar el efecto en los consumidores del producto final.

La Comisión señala que se trata de "la comercialización de cemento gris al mayoreo", sin embargo, en sus análisis no establece diferencia alguna entre ventas al menudeo y al mayoreo, tampoco considera si debe o no considerar las ventas de cemento que se hacen para obtener concreto premezclado y mortero cuyos mercados son diferentes.

El primer argumento es **<u>inoperante por novedoso y genérico</u>**, pues la recurrente por un lado planteas cuestiones no expuestas en su contestación al OPR y pretende mejorar su contestación, cuando éstas no formaron parte de la Resolución recurrida al no haber sido controvertidas por la recurrente. Por otro lado, su argumento es genérico, pues solo dice que la Comisión no realizó un

análisis de sustitución de los diferentes tipos de cemento gris y un análisis de elasticidad cruzada y que es lo que supuestamente debió realizar la CFC, sin señalar cómo es que de haberlo realizado el sentido de la Resolución recurrida hubiera sido distinto. Tampoco realiza los ejercicios que acrediten que la Resolución recurrida es incorrecta. Pero lejos de la inoperancia del argumento, lo cierto es que esta Comisión si realizó el estudio que marca el artículo 12 de la LFCE para definir el mercado relevante e inclusive lo soportó con pruebas y elementos de convicción. Dicho estudio se realizó de la página 346 a la 354 de la Resolución recurrida.

El argumento es **inoperante por reiterativo** de sus manifestaciones al OPR, las cuales fueron debidamente contestadas en la Resolución recurrida, precisamente en las páginas que cita la propia recurrente (244 a 247) y, por otra parte, resulta **inoperante por novedoso** pues sus dos últimos argumentos son manifestaciones que en su momento no expuso en su contestación al OPR.

No obstante lo anterior, se aclara que el OPR y la Resolución recurrida[197] no dice que el cemento gris *"representa más del 90% del valor agregado del sector de la construcción."* Por el contrario dicen que *"el cemento gris y sus derivados representan más del noventa por ciento (90%) del valor agregado del sector manufacturero asociado con la construcción."* Es decir, Cemex confunde el porcentaje del valor del cemento sobre el total del valor de las manufacturas usadas en la construcción con el porcentaje del valor del cemento sobre el total del valor agregado de la industria de la construcción. Esto es, los porcentajes del cuadro 10 del OPR no incluyen el valor agregado que, por ejemplo, da el trabajo. Por ello, las cifras que presenta Cemex según las cuales el cemento constituye menos del cincuenta por ciento (50%) del valor agregado de la industria de la construcción no contradicen lo afirmado por el OPR.

La información del Cuadro diez "Participaciones de la fabricación de materiales para la construcción en el valor agregado, de dosmil tres a dos mil dos"[198] muestra que el noventa por ciento del valor agregado de la fabricación de materiales para la construcción, que en dado caso serían los materiales que pudieran ser sustitutos del cemento, se adjudica a la fabricación de cemento. Esto demuestra la importancia del cemento en estos materiales, donde prácticamente el cemento genera la totalidad de dicho valor agregado durante el periodo investigado. En contraste, la sugerencia de Cemex de considerar la ponderación del cemento en los Índices de Costo de la Construcción sólo refleja la participación para el año base y no durante el período investigado; además de que los precios por sí solos no identifican la sustitución.

Por otra parte, la recurrente dice que el análisis de sustitución de insumos no es relevante pues aquí se trata de determinar el efecto en los consumidores del producto final. El argumento es **infundado**, ya que como se puede apreciar en las páginas 186 y 234 del OPR y 101, 134, 346,

[197] Véanse páginas 241 a 243 de la Resolución recurrida.
[198] Página 191 del OPR.

347 y 348 de la Resolución recurrida, la demanda que enfrentan los compradores de cemento al por mayor es una demanda derivada de la demanda de los usuarios finales. Por lo tanto, el uso que le dan al cemento los consumidores finales es importante para conocer sus preferencias y poder definir el mercado relevante.

Finalmente, la recurrente afirma que la Comisión no establece diferencia alguna entre ventas al menudeo y al mayoreo, tampoco considera si debe o no considerar las ventas de cemento que se hacen para obtener concreto premezclado y mortero cuyos mercados son diferentes. Al respecto, en la sección: *1.1. Características de la comercialización de cemento gris al mayoreo* de la Resolución recurrida, la Comisión presenta el análisis del mercado de mayoreo y su relación y diferencias con el de menudeo. En esa sección se presenta un diagrama de cómo se organizan los mercados de mayoreo y menudeo y se concluye:

> *El diagrama muestra que CEMEX realiza la producción y la comercialización del cemento gris Portland de dos etapas. En la primera etapa vende directamente su producto a grandes compradores como son los revendedores, los concesionarios y los distribuidores y, en ocasiones, a entidades gubernamentales y clientes institucionales. En una segunda etapa, los grandes compradores comercializan los productos a quien CEMEX denomina consumidor final. Para efectos del análisis de las actividades de comercialización del cemento gris Portland en el territorio nacional, se denominará a la primera etapa "comercialización al mayoreo" y a la segunda "distribución".*[199]

Por tal motivo, su argumento es igualmente **infundado.**

> **11. 6.** Así mismo la Comisión trató por separado el cemento blanco y en cuanto a la valorización (sic) de la documental privada identificada con el número 6 que obra a fojas 312, 313 y 314 referente a la resolución publica número COMP/M.1874 emitida por la Comisión Europea de Competencia, cabe aclarar que por un lado le niega valor probatorio a dicha prueba (ver segundo párrafo foja 314) para los efectos que pretendía demostrar mi mandante referente a la determinación de una dimensión geográfica regional para el mercado relevante en la comercialización de cemento y por otro lado, si le otorga valor (ver penúltimo párrafo de la foja 314) en cuanto a que resulta aplicable la consideración de la autoridad europea para robustecer la argumentación de la Comisión en cuanto a descartar el cemento blanco como sustituto del cemento gris. Con esto se demuestra el ilegal razonamiento de la Comisión pues no es aceptable que por un lado le niegue valor probatorio a un documento y por otro lado le otorgue valor probatorio al mismo documento para beneficio de los intereses propios de la Comisión, y con esto se ocasionó una violación a los principios de seguridad jurídica en perjuicio de mi mandante.

El argumento es **infundado**, pues en la Resolución recurrida se dan los motivos y las razones del por qué se desestima el valor probatorio de la prueba presentada para los fines que pretendía Cemex y se dan los motivos y las razones del por qué se toma en su contra dicha prueba, además de que su valoración se hizo conforme a derecho, ya que se ajustó a los términos que establece el

[199] Ver página 98 de la Resolución recurrida, misma que reproduce la página 182 del OPR.

"Artículo 210. El documento privado que un litigante presenta, prueba plenamente en su contra, de acuerdo con los artículos anteriores.". En la resolución se señaló:[200]

> *"5. En cuanto al estudio de la* ***DOCUMENTAL PRIVADA****, identificada con el numeral seis (6) del acuerdo de fecha veinte de marzo de dos mil nueve, consistente en "la resolución pública No. COMP/M.1874, emitida por la Comisión Europea de Competencia (Lafarge/Blue Circle)", misma que fue relacionada con la contestación al considerando marcado con el cardinal* ***"Novena"*** *del OPR, con la finalidad de acreditar los siguientes extremos:*
>
> *a. "que la determinación de una dimensión geográfica regional para el mercado relevante en la comercialización de cemento, postulada por la Comisión en el caso DE-17-1998, es congruente con la que han hecho otras autoridades de competencia en el mundo, al analizar casos comparables"; y*
> *b. "que como mínimo la Comisión está obligada a explicar qué razones la condujeron a cambiar, en el caso que nos ocupa, esta definición de la dimensión geográfica del mercado relevante".*
>
> *En el análisis de dicha documental debe atenderse, previo a su valoración, al contenido del artículo 271 del CFPC, que en su párrafo primero reza:*
>
> *"Artículo 271.* ***Las actuaciones judiciales*** *y promociones* ***deben escribirse en lengua española. Lo que se presente escrito en idioma extranjero se acompañará de la correspondiente traducción*** *al castellano..."*
>
> *En tal virtud, el agente económico denunciado aporta dicha documental en idioma inglés junto con su escrito de contestación al OPR, en la que se corrobora que la misma consta de trece fojas útiles sólo por el anverso, habiendo aseverado en dicho escrito lo siguiente:*
>
> *"...se hace del conocimiento a esta Comisión que* ***su respectiva traducción por perito autorizado por los Tribunales se encuentra en trámite*** *y en su debido momento se presentará a esa autoridad..."*
>
> *No obstante que la emplazada presenta una traducción parcial del documento, en beneficio de ella se aplica el artículo 5 del RLFCE vigente actualmente y se procede a analizar dicho documento.*
>
> *La parte exhibida debidamente traducida reza en la parte conducente lo siguiente:*
>
> *"...Desde el punto de vista geográfico,* ***la Comisión ha considerado que el mercado de cemento puede ser visto como una serie de mercados, centrados alrededor de diversas fábricas****, sobrepuestos unos sobre otros y que cubren a toda Europa. El tamaño de cada mercado y el alcance de la superposición son determinados por la distancia desde la fábrica en la que el cemento puede ser vendido (...)* ***Sin embargo, la parte notificadora considera que los mercados geográficos para el cemento son nacionales.*** *<u>**No es necesario decidir el asunto en este caso**</u> ya que, aún con base en mercados nacionales, la operación no da origen a una preocupación seria..."*
>
> *De lo anterior se desprende que, en el caso que se menciona, no se entró al estudio de la definición geográfica de mercado relevante, por lo que no puede otorgársele el valor que pretende la oferente.*

[200] Véanse páginas 312 a 314 de la Resolución recurrida.

Por otra parte, la misma Unión Europea ha definido el mercado relevante del cemento en términos que comprenden toda Europa. Por ejemplo, en la investigación: IP/94/1108 que sancionó a la Fédération Européenne du Ciment (CEMBUREAU), a 8 asociaciones nacionales de productores de cemento y a 33 productores europeos de cemento, la Comisión Europea definió el mercado relevante de la siguiente forma:

"MERCADO PERTINENTE
La Comunidad es el mayor productor de cemento del mundo, con una capacidad de producción cercana a los 220 millones de toneladas. El consumo es de 180 millones y el exceso de capacidad se exporta. La oferta está concentrada, ya que los cinco primeros grupos cementeros europeos (Holderbank, Lafarge Coppée, Italcementi-Ciments Français, Blue Circle, Heidelberger) son asimismo los líderes a escala mundial y controlan en la actualidad aproximadamente la mitad de la oferta comunitaria.

La oferta está aún más concentrada a escala nacional. En cuatro Estados miembros no existe más que un productor y, en los restantes, dos o tres grupos cementeros ocupan un lugar preeminente en el mercado.

Las cementeras suelen estar cerca de sus fuentes de materia prima y de sus salidas comerciales, ya que tratan materiales pesados, pero cuyos costes de producción pueden variar considerablemente de un Estado miembro a otro. ***La Comisión ha constatado, durante su encuesta, que podían realizarse entregas rentables incluso a grandes distancias.*** *Pueden llevarse a cabo entregas de Alemania y España al Reino Unido e Irlanda y algunos productores italianos han podido atravesar los Alpes y realizar sus entregas en Suiza.* ***El mercado pertinente es por consiguiente Europa,*** *constituida por una yuxtaposición de mercados interdependientes. Si los mercados estuvieran compartimentados por la lejanía, cómo se explicaría el comportamiento de las empresas descrito en la infracción?" (Énfasis añadido).*

Asimismo, de la carátula del medio de convicción se nota que el procedimiento es fechado el día siete de abril de dos mil, mientras el inicio de las conductas investigadas es de fecha quince de diciembre de dos mil tres, fecha en que se presentó el proyecto de buque-silo al Comité de Operación del Puerto de Tampico, por lo que entre dichas fechas las condiciones de mercado pudieron variar, así como la localización de los distintos asuntos (la Unión Europea y México), por lo que el medio no resulta idóneo. En todo caso, la emplazada no acredita que las circunstancias en la Unión Europea y México sean iguales o por lo menos similares, por lo que no puede otorgársele valor probatorio a la traducción parcial que presenta como prueba.

Los argumentos antes vertidos, no son óbice para considerar esta probanza en perjuicio del oferente, esto en términos del artículo 210 del ordenamiento civil, que ordena:

"Artículo 210. El documento privado que un litigante presenta, prueba plenamente en su contra, de acuerdo con los artículos anteriores."

En su escrito de contestación al OPR, el agente económico señala que esta Comisión realizó una indebida actuación al descartar al cemento blanco como sustituto del cemento gris, siendo que se debió estudiar de forma más exhaustiva dicha situación, mientras la documental en estudio menciona lo siguiente:

"...La parte notificadora alega que el cemento blanco constituye un mercado de productos separado del cemento gris, debido a que es utilizado para diferentes objetos (...) La investigación de esta Comisión ha confirmado que estas definiciones de mercado son adecuadas para objeto de determinar la operación actual..."

A diferencia de las condiciones de mercado tan dinámicas y las características geográficas que distinguen a los países, las cuales cambian con el tiempo o lugar, las características del producto no difieren sustancialmente por el paso del tiempo, ni de lugar a lugar, por lo que sí resulta aplicable la consideración de la autoridad europea sólo para robustecer la argumentación de esta Comisión, no así para justificarla, toda vez que las resoluciones de autoridades extranjeras no obligan el criterio de esta autoridad administrativa.

Por lo anterior esta probanza se valora en perjuicio de su oferente para acreditar la correcta definición de mercado relevante que realizó esta Comisión, al descartar el cemento blanco como sustituto del cemento gris."

Luego entonces, es falso que exista incongruencia en la forma en la que se valoró dicha prueba, pues no tenía los alcances que pretendía Cemex y, por el contrario, acreditaban en su contra.

11.7. Siguiendo con el mismo análisis de las pruebas referentes al mercado relevante, la Comisión nada dice respecto al valor probatorio de la documental privada identificada con el número siete, y que obra a fojas 315 de la Resolución recurrida. Con esta prueba se pretendía demostrar la determinación de una dimensión geográfica regional para el mercado relevante en la comercialización del cemento y la Comisión sin otorgar o negar valor probatorio, sólo hace referencia a una diversa investigación que no obra en autos, ocasionando con ello de nueva cuenta, una falta de valoración a dicha prueba y ocasionando una inseguridad jurídica en Perjuicio de mi mandante.

Por otro lado, en lo que refiere al análisis a la documental privada marcada con el número ocho, consistente en la resolución pública número COMP/M.3713, solicito se me tenga remitiendo a los mismos argumentos expuestos con anterioridad y referentes a la valorización de la prueba documental privada identificada con el número 6 que obra a fojas 312, 313 y 314 referente a la resolución publica número COMP/M.1874 emitida por la Comisión Europea de Competencia, pues por un lado le niega valor probatorio a dicho documento y, por otro lado, le otorga valor probatorio en cuanto a los intereses que le benefician a la Comisión, demostrando con ello una incongruencia en la valoración de la prueba.

Respecto de al primer argumento, este es **infundado**, pues tanto la prueba siete como la ocho se valoraron conjuntamente por estar íntimamente ligadas, lo cual se puede observar de las páginas trescientas quince a trescientas diecisiete.

Respecto a que esta CFC hace referencia a una investigación que no obra en autos, el argumento es **inoperante**, pues en primer lugar, lo que se valora ahí es una prueba ofrecida por la propia

recurrente y la transcripción de lo ahí señalado es el propio documento aportado por la recurente, por lo que si pretende agraviarse de su propio documento resulta un contrasentido.

En cuanto al segundo argumento, éste es **infundado**, pues no existe ninguna incongruencia en la valoración de la prueba ocho, en el sentido de otorgarle valor probatorio en contra de la recurrente y no a su favor, pues en la propia Resolución recurrida (páginas 316 y 317) se señaló la razón del por qué se valoró así y lejos de atacar la recurrente esos argumentos, solo alcanza a decir que hay incongruencia. En efecto en dichas páginas se señaló:

> "*Finalmente, el artículo 210 permite otorgar valor probatorio pleno a la documental en estudio sólo en perjuicio de su oferente, por lo que este medio de convicción acredita la correcta valoración realizada por esta Comisión en cuanto la dimensión geográfica de mercado relevante, así como el haber descartado al cemento blanco como sustituto del comento gris, al resultar coherente con las consideraciones que han realizado otras autoridades en materia de competencia a nivel internacional, así, en la prueba en comento se lee:*
>
> *"...**la Comisión ha definido anteriormente el cemento blanco y gris como un mercado de productos relevantes separado único. Con respecto a los mercados geográficos relevantes**, para el cemento blanco ha definido por lo menos de la EEA, mientras que **para el cemento gris ha sido considerado nacional** o de la EEA, dejando la definición final abierta..."*
>
> *Atento a lo anterior, esto robustece la argumentación de esta Comisión sobre la delimitación geográfica del mercado relevante y los sustitutos, sin que implique que se justifique con base en esta documental, toda vez que esta autoridad administrativa no se encuentra obligada a la adopción de los criterios de análogos extranjeros.*
>
> *Por lo que esta documental no beneficia los intereses de la denunciada y, en cambio, robustece la argumentación de esta Comisión sobre la determinación de mercado relevante."*

De lo anterior se observa que en términos del artículo 210 del CFPC se valoró la prueba en lo que le perjudicaba, pues además no acreditaba lo sostenido por la ahora recurrente.

> **11.7.2** De igual manera no se comparte el razonamiento expuesto por la Comisión a fojas 317, y 318 que refiere a la valoración de las pruebas marcadas con los números nueve y diez relacionadas con las anteriores pruebas, y los razonamientos expuestos por la Comisión a fojas 238, 239, 240, 241, 242, 249, 250 y 251, en la que declara infundados los argumentos de la recurrente en torno a estos conceptos, ya que lo que pretendió demostrar mi mandante y que no entendió la Comisión fue que al resolver el expediente número DE-17-1998 abierto con motivo de una denuncia para investigar supuestas prácticas monopólicas, respecto del mercado relevante de la distribución de los cementos gris tipo 1 y II en el Estado de Zacatecas, se determinó que en función del producto dicho mercado relevante se definió considerando los usos de dichos productos y señaló como sustituto cercano del cemento tipo II al cemento puzolánico.
>
> Pretendió acreditar en su escrito de contestación y con las pruebas señaladas la contradicción de la Comisión de lo expuesto en el OPR con lo que resolvió con anterioridad. En efecto, a fojas 174,

175, 176 y 177 del OPR se manifiesta que existen muy diversos tipos de cemento, según la información recabada mediante requerimientos hechos a la Cámara Nacional de la Industria del Cemento, la Secretaría de Economía y del análisis de la norma NMX-C-414-ONNCCE-2004. Esta diversidad se fundamenta en los componentes del cemento, su proporción y los usos específicos de cada tipo de cemento.

Analizando la tabla número 2 visible en la foja 178 del OPR, se puede apreciar que los cementos grises que ahí se describen tienen en común dentro de su formulación el clinker Portland más yeso, pero algunos contienen además escoria granulada de alto horno, materiales puzolánicos, humo de sílice, caliza y otros materiales minoritarios. Más adelante en la foja 179 segundo párrafo, ésta Comisión hace diversos señalamientos sobre el cemento blanco y en especial cita a la NMX-C-414-ONNCCE-2004

No es suficiente que la Comisión diga sin un argumento debidamente fundado (página 318) que debe acreditarse que prevalece en la actualidad lo resuelto en el expediente DE-017-1998 y remitir la carga probatoria a mi mandante, pues lo que mi mandante pretendió demostrar fue que los razonamientos de la Comisión son no solamente incorrectos sino que evidencian una incoherencia interna de análisis: por un lado, considera que las diferentes clases de cemento gris sólo se diferencian entre un tipo y otro por la cantidad de clinker que hay en su formulación y por ello los agrupa como un solo género para definir el mercado relevante, pero soslaya por completo la diferencia de usos entre los distintos tipos de cemento gris que le señaló la Cámara Nacional del Cemento, la Secretaría de Economía y lo que establece la propia NMX-C-414-ONNCCE-2004 y por otra parte, señala que el cemento blanco es un producto distinto del gris, precisamente por sus usos e insumos, no obstante, siguiendo este mismo criterio se podría determinar que cada cemento gris es un producto distinto de los demás, pues está plenamente reconocido por la Comisión en la tabla 2 y en las fojas 174 a 177 del OPR, que los diferentes tipos de cemento gris tienen diversas aplicaciones y diversos insumos en su fabricación. Por lo anterior, resulta incongruente que descarte de su análisis al cemento blanco bajo el argumento de que tiene diferentes usos e insumos, siendo que la misma situación impera para el caso del cemento gris, resultando evidente la utilización de un criterio diametralmente opuesto al analizar información similar, al considerar como un producto único a todas las variedades de cemento gris y como un producto diferente al cemento blanco, siendo que todas las variedades de cemento gris al igual que el cemento blanco, utilizan diferentes insumos en su producción y tienen usos distintos al igual que el cemento blanco.

Por lo que en base a lo anterior, los argumentos de mi mandante no son infundados como ilegalmente lo determinó de foja 229 a foja 236 de la resolución impugnada.

El argumento de Cemex deviene **<u>infundado</u>** pues **<u>su razonamiento parte de premisas incorrectas</u>**, ya que concluye equivocadamente que la CFC debió incluir el cemento blanco como un sustituto del cemento gris. Afirma que al no hacerlo la CFC se contradice o es incoherente en su determinación del mercado relevante. Sin embargo, Cemex razona de forma equivocada a partir de dos premisas y una conclusión que no se sigue lógicamente. Primero, dice que los

diferentes tipos de cemento gris tienen diferentes insumos y diferentes usos; después afirma que el cemento blanco también tiene diferentes insumos y diferentes usos, de donde concluye que el cemento blanco debe ser un sustituto del cemento gris. Lo anterior es claramente un razonamiento falaz, pues el hecho de que dos materiales de construcción tengan diferentes insumos y diferentes usos no los hace sustitutos. En todo caso, el absurdo se hace evidente si consideramos que el mismo razonamiento se podría aplicar a otros materiales de construcción (acero, vidrio, madera, yeso, ladrillos), los cuales también tienen diferentes insumos y diferentes usos, y, sin embargo, no son por ello sustitutos.

El cemento blanco no es un sustituto del cemento gris como material de construcción. Por una parte, el cemento blanco se usa exclusivamente en terminados o en esculturas,[201] por lo que no es un sustituto por el lado de la demanda. Así mismo, no puede ser sustituto del cemento gris por el lado de la oferta, pues se debe tomar en cuenta que el cemento blanco es elaborado con materias primas bajas en contenido de hierro. Al respecto, Cemex, Cruz Azul, GCC y Moctezuma reportaron que un factor importante en la decisión en la construcción de una planta es la calidad y localización de los yacimientos de materias primas.[202] De esta forma, es cuestionable que el cemento blanco sea sustituto pues requiere materias primas distintas a las que se utilizan para el cemento gris. Por ello, la CFC concluyó que el cemento blanco no puede ser un sustituto del cemento gris por el lado de la oferta.[203]

En el OPR, la CFC presentó un análisis de las características tecnológicas y de los usos de los distintos tipos de cemento con base en información de tres diferentes fuentes, a saber: la CANACEM, la Secretaría de Economía y la norma NMX-C-414-ONNCCE-2004; que son las mismas que Cemex cita y que son visibles en fojas 174 a 178 del OPR. Al respecto, Cemex afirma en su página de internet (Foja 10223 del expediente) que el uso del cemento blanco es el siguiente:

> *"El cemento Portland blanco se usa en obras de arquitectura que requieren mucha brillantez, o para realizar acabados artísticos de gran lucimiento; también sirven para vaciar esculturas que requieren de una buena dosis de blancura."*

De esta forma, el cemento blanco no puede ser considerado sustituto del cemento gris. El cemento blanco no es un material de construcción, excepto como un material para acabados y elementos esculturales. Por lo anterior, el OPR realizó el análisis únicamente respecto del cemento gris.

11.7.3 En cuanto a costos de distribución, la misma Comisión indica que entre menos plantas productoras haya, habrá que cubrir mayores costos y, contradictoriamente, señala que el costo del

[201] Páginas 291 a 293 de la Resolución que se impugna.
[202] Fojas 220 y 221 del OPR
[203] Páginas 230 y 231 de la Resolución.

transporte no limita la dimensión geográfica del mercado; sostiene infundadamente que la cita señalada a foja 246 y 248 no es suficiente para demostrar que los costos de transporte en México impiden comercializar el cemento a más de 200 millas; dice Cemex tiene diversos precios en los Estados de la República pero concluye, sin evidencia alguna, que esto "no necesariamente" se debe al costo de transporte, al decir "no necesariamente" quiere decir que puede tener un efecto dicho costo. Para demostrar su aseveración calcula precios promedio dividiendo volúmenes de ventas entre toneladas, sin analizar la composición de esas variables; es decir, si son ventas al mayoreo o no, si incluyen ventas de cemento para producir concreto y mortero, y si corresponden o no al mismo tipo de cemento.

El hecho de que se venda cemento en todo México no quiere decir que este sea el mercado relevante, como incorrectamente lo sostuvo la Comisión en la resolución impugnada. El hecho que los precios sean similares en el territorio nacional, según la Comisión, refleja que las firmas productoras no tienen poder sustancial ya que no hay variaciones en precio, y el poder sustancial se da cuando una firma puede aumentar precios sostenidamente sin que la reacción de los clientes o de los competidores le afecte.

Además, con los anteriores argumentos se desvanece el expuesto por la Comisión en el tercer párrafo foja 251 y 255 penúltimo párrafo de la resolución recurrida.

Si analizamos el artículo 12 del Reglamento de la LFCE, establece que para determinar el poder sustancial se debe considerar el grado de posicionamiento en el mercado de los productos, la falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, la existencia de diferenciales en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores. Todo esto se traduce en la capacidad de un agente de mantener precios o subirlos sin que los competidores puedan entrar al mercado o los consumidores acudir a otro proveedor, es decir, el poder de fijar precios en función a que tan sensible es la demanda o la oferta a cambios en precios (elasticidad), no se trata de que haya ventas de cemento en todo México, se trata de ver si un consumidor puede comprar cemento en Sonora y le resulta igual comprarlo en Yucatán, aspectos estos que no considera la Comisión en la Resolución recurrida.

Lo señalado por la recurrente es **inoperante** ya que realiza una serie de afirmaciones sin sustento sobre supuestas contradicciones y no ataca lo resuelto en la Resolución que se pretende impugnar. Por un lado, no señala cuál es la supuesta contradicción que implica el que un menor número de plantas incremente los costos de transporte y el que la dimensión geográfica sea nacional Si bien existen costos de transporte a largas distancias, eso no significa que sean suficientes para evitar el transporte de cemento entre una región y otras. Es decir, las regiones del país no están aisladas, pues es viable el transporte a largas distancias a costos suficientemente bajos por medios ferroviarios y marítimos de forma que la dimensión geográfica del mercado relevante es nacional.

Por otra parte, Cemex se limita a señalar que la CFC *"sostiene infundadamente que la cita señalada a foja 246 y 248 no es suficiente para demostrar que los costos de transporte en México*

impiden comercializar el cemento a más de 200 millas" sin atacar los argumentos que al respecto ofreció la CFC en fojas 248 de la Resolución.

Al respecto, Cemex hizo una cita a un libro que dice que algunos productos genéricos, de bajo valor y voluminosos no pueden transportarse económicamente a lugares distantes del sitio en que son producidos. Sin embargo, el referir tal principio como aplicable a productos con una relación de valor/volumen suficientemente alta, no se refiere al cemento y las condiciones particulares analizadas.

Cemex afirmó que el cemento no se puede trasportar a más de doscientas millas y como "evidencia" refiere que el ochenta y tres por ciento (83%) por ciento de todo el cemento en Estados Unidos fue remitido a destinos ubicados a doscientas millas o menos. Al respecto, es necesario señalar que es precisamente el hecho de que existen costos de transporte lo que incentiva a la construcción de plantas regionales, aun cuando sigue siendo viable el transporte a larga distancia. Por lo tanto es de esperarse que la mayoría de la producción se realice y distribuya regionalmente, pero las regiones entre sí están conectadas en términos competitivos, pues el transporte entre ellas es viable. Al respecto, la Resolución en la foja 249 refiere un caso de la Unión Europea en el que se determinó como el mercado relevante a toda la Unión europea en base a las siguientes consideraciones:

> *"Las cementeras suelen estar cerca de sus fuentes de materia prima y de sus salidas comerciales, ya que tratan materiales pesados, pero cuyos costes de producción pueden variar considerablemente de un Estado miembro a otro.* ***La Comisión ha constatado, durante su encuesta, que podían realizarse entregas rentables incluso a grandes distancias****. Pueden llevarse a cabo entregas de Alemania y España al Reino Unido e Irlanda y algunos productores italianos han podido atravesar los Alpes y realizar sus entregas en Suiza.* ***El mercado pertinente es por consiguiente Europa****, constituida por una yuxtaposición de mercados interdependientes." (Énfasis añadido).*

Por otra parte, la Comisión en ningún momento afirma que los costos de transporte no se reflejan en los precios. Los precios pueden reflejar los costos de transporte en algunas regiones, de una u otra forma, aun cuando solo una fracción de la producción terminará siendo transportada a largas distancias. De esta forma, el hecho de que el cemento se venda en todo México por las empresas a causa de que existe la posibilidad de transporte quiere decir que la dimensión geográfica del mercado relevante es nacional.

Cemex dice que precios similares en el territorio nacional reflejan que las firmas productoras no tienen poder sustancial "ya que no hay variaciones en precio". Sin embargo, Cemex no explica cuál es la razón por la que los precios similares implican la inexistencia de poder sustancial de mercado, pues la existencia de precios implícitos distintos se pueden deber a descuentos por volumen de compra, tipo de envase o forma de pago, como se mencionó en la página 216 del

OPR. Además, Cemex se contradice, pues también afirma que la posesión de poder sustancial de mercado implica la posibilidad de fijar precios en función a que tan sensible es la demanda. Es decir, un agente con poder sustancial de mercado puede existir en un mercado con precios distintos.

Finalmente, Cemex hace una serie de afirmaciones sobre la determinación del poder sustancial de mercado. Dice Cemex que el poder de mercado es:

> *"la capacidad de un agente de mantener precios o subirlos sin que los competidores puedan entrar al mercado o los consumidores acudir a otro proveedor"*

Y agrega que:

> *"...no se trata de que haya ventas de cemento en todo México, se trata de ver si un consumidor puede comprar cemento en Sonora y le resulta igual comprarlo en Yucatán, aspectos estos que no considera la Comisión en la resolución que se impugna."*

Sin embargo, Cemex se contradice y confunde dos situaciones independientes. Es precisamente la posibilidad de transportar cemento a largas distancias lo que hace que la competencia se dé a nivel nacional, pues los productores de una región pueden competir y entrar en otra región fácilmente, por lo que podrán competir en todas las regiones ejerciendo disciplina competitiva. Por ello, los principales productores de cemento son oferentes a nivel nacional.

> **11.8.** La Comisión habla de que la opinión que la Administración de Aduanas pidió a la CANACEM para efectos del registro en el Padrón Sectorial de Importadores, fue una barrera impuesta por la CANACEM, esto es una afirmación sin sustento, pues como se establece en la propia resolución, la Administración no está obligada por esa opinión y, además, se reconoce en la propia resolución que las denunciantes usaron una empresa con el registro.

El argumento es **<u>inoperante</u>**, pues primeramente en la Resolución recurrida no se señala que la CANACEM "imponga barreras", sino que la CANACEM, en este caso en específico, sí tenía por objeto o propósito manifiesto oponerse a la solicitud de CDM por razón de sujeto y no con base en los requisitos establecidos en la normatividad aplicable y, en segundo lugar, Cemex no se puede doler de lo resuelto en favor o en contra de ningún otro agente económico, en este caso de la CANACEM. En efecto, en el apartado de OBJETO DE LA PRACTICA, en su inciso c) se señala:[204]

- *"Intervención de la CANACEM en los hechos ocurridos en el Puerto de Altamira.- La CANACEM se encuentra integrada por todas las plantas de cemento en la República Mexicana a través de un*

[204] Véanse páginas 364 y 365 de la Resolución recurrida.

sistema de afiliación que data del año mil novecientos cuarenta y ocho. En este sentido, cada Afiliado (cada planta de cemento afiliada), cuenta con un voto, de tal manera que Cemex tiene veintiuno de los treinta y cinco votos en las decisiones de la CANACEM. Esta vinculación entre la CANACEM y Cemex constituye un indicio de que cada uno conoció el actuar y el propósito de los actos del otro.

La CANACEM suscribió el Convenio de Colaboración en Materia de Comercio Exterior con el SAT y la AGA, el cual señala que la Cámara tendrá por objeto representar y defender los intereses generales del comercio o la industria, dar a conocer la información contenida en los pedimentos y colaborar con el SAT para la identificación de las operaciones aduaneras que representan un riesgo.
Es en términos de ese acuerdo que la CANACEM manifiesta haber presentado el tres de agosto de dos mil cuatro ante el titular de la AMA por el cual ocurrió a denunciar hechos presuntamente constitutivos de algún delito, tales como el contrabando. En este escrito, la CANACEM manifiesta expresamente:
"Más grave resulta aún, [sic] el hecho que la [CANACEM] ha expresado fehacientemente su objeción al tener conocimiento de esta operación, situación que me permite afirmar que la empresa que pretende comprar el cemento nunca contaría con el apoyo de esta cámara para inscribirse en el multicitado padrón [específico del cemento], causa justificada para imposibilitar la importación del mismo."
[Énfasis y texto entre corchetes añadido por la Comisión]
De lo anterior se observa una manifestación de oposición absoluta de la CANACEM para, en su caso, emitir opinión favorable a CDM para inscribirse al Padrón Específico del cemento. Ello, a pesar de que la opinión a las que se refería la Regla 2.2.1 de las Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior vigentes en ese año se refería a las solicitudes caso por caso. No obstante la opinión de la CANACEM no es vinculante a la decisión de la AGA para responder a una solicitud de inscripción al Padrón Específico de cemento, de las manifestaciones de la CANACEM se desprende que había tomado una posición respecto de la solicitante y no de las solicitudes, de manera inconsistente con los términos previstos en la Regla 2.2.1. Es decir, aún si la opinión de la CANACEM no tuviese efectos en la inscripción de CDM al padrón sectorial de cemento, esta entidad sí tenía por objeto o propósito manifiesto oponerse a la solicitud de CDM por razón de sujeto y no con base en los requisitos establecidos en la normatividad aplicable."

De lo anterior se observa que la CFC nunca señaló que la CANACEM "impusiera barreras", sino que la CANACEM sí tenía por objeto o propósito manifiesto oponerse a la solicitud de CDM por razón de sujeto y no con base en los requisitos establecidos en la normatividad aplicable.

11.9. En cuanto a la determinación de poder sustancial en términos de la fracción I del artículo 13 de la LFCE y 10 y 13 del RLFCE en vigor cuando acontecieron los hechos, se sostiene que este se determina en relación con el mercado relevante, por tanto, al no haber determinado la Comisión dicho mercado conforme a los principios y disposiciones aplicables, no puede determinar si existe o no poder sustancial, ya que la fracción I del artículo 13 de la LFCE habla de "poder sustancial en el mercado relevante", no obstante esto, pasaremos a ver el análisis que efectuó la Comisión.

La Comisión a página 139 señala que ninguno de los índices de concentración que aparecen en el cuadro 23 cumple con los parámetros establecidos por la Comisión, por lo que hay "indicios" de que el mercado relevante muestra altos niveles de concentración.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, pues la recurrente parte del hecho de que, al estar mal definida la práctica investigada, el mercado relevante resulta igualmente mal definido y que, por ende, al estar mal definido el mercado relevante, el poder sustancial está mal determinado, ya que únicamente expone una suposición, pues la recurrente no ha acreditado y no lo hace a través de este argumento que la práctica esté mal encuadrada, que el mercado esté mal definido y que el poder sustancial esté mal determinado.

La recurrente no ha acreditado y no lo hace a través de este argumento que la práctica esté mal encuadrada. No obstante, comete un error adicional, pues supone que la definición de mercado relevante se deriva de la determinación o encuadramiento particular de la práctica. Es decir, supone la recurrente que distintos encuadramientos de la práctica dan lugar a distintos mercados relevantes, lo cual es falso. Por el contrario, muchas prácticas y sus variaciones son posibles en un mismo mercado relevante. Por ello, además de aventurar suposiciones acerca de un supuesto mal encuadramiento de la práctica, la recurrente está equivocada en la teoría económica que usa en su argumentación, pues asume que la descripción o encuadramiento de una práctica en general determina la definición de mercado relevante.

11.9.1 Cemex continúa argumentando que:

• La Comisión menciona que CEMEX presentó una tabla con las participaciones de mercado (página 140) de 1996 a 2006 en la que se muestra que CEMEX ha perdido participación de 68% a 51.1%, igualmente presentó un análisis de los índices que usa la Comisión sobre base de Capacidad Instalada de mil novecientos noventa y cinco a dos mil seis en donde se muestran reducciones muy importantes de mil novecientos noventa y cinco a dos mil seis.
• La Comisión dice que Cemex no da unidades de medida, volúmenes y fuentes de información en base a la que estimó las participaciones, sin embargo hay indicios de que CEMEX tuvo la mayor capacidad instalada, y hay indicios de que tiene la mayor participación en el mercado relevante.
• En la página 146 la Comisión señala que los agentes económicos interesados en incursionar en el mercado relevante incurren en mayores costos de transporte del cemento desde el extranjero y asumen riesgos de pérdidas o mermas en el traslado. De acuerdo con lo manifestado por los participantes de la industria, el cemento tiene una vida útil aproximada de tres meses desde su producción y requiere condiciones específicas de preservación en almacenamiento. También señala que la decisión de invertir una parte de la vida útil del producto en su transporte hasta el centro de consumo final constituye un elemento determinante para las posibilidades y viabilidad de nuevos participantes para competir en el mercado. También dice que los participantes en la industria dijeron que cada uno elige la distancia en la que resulta rentable entregar el producto a los consumidores. Nótese como aquí la Comisión sí establece que es importante el costo de transporte, el tener instalaciones adecuadas en bodegas para preservar el producto y que el transporte al consumidor final es determinante para la posibilidad y viabilidad de nuevos competidores y que los productores eligen la distancia a la que les es rentable operar, aspectos estos que no tomó en cuenta al definir el mercado relevante en la sentencia recurrida.
• Dice que ningún competidor tiene una capacidad instalada igual a la de CEMEX y por eso se inhiben los incentivos para competir.

• Sin más argumento dice que los competidores no tienen poder que les permita contrarrestar el de CEMEX.
• Conforme al artículo 13 fracción IV de la LFCE en su análisis para determinar el acceso a los insumos, la Comisión en forma por demás arbitraria dice que los insumos son las plantas productoras y que como CEMEX tiene más participación de mercado tiene mayor acceso a insumos. La LFCE se refiere a insumos para la producción.

Pasando al punto OCTAVO a páginas 328 y siguientes de la Resolución recurrida, en particular de la 346 en adelante, podrá notarse que la Comisión solo hace referencia a los puntos contenidos en el OPR que ya hemos analizado en cuanto al MERCADO RELEVANTE, incluso resulta interesante ver que en el tercer párrafo de la página 350 la Comisión habla de "inferir" que los hechos investigados sucedieron en la comercialización de cemento al mayoreo de primer nivel (este último calificativo no lo usa en el OPR).

En cuanto al PODER SUSTANCIAL, en las páginas 354 y siguientes la Comisión se basa en lo ya analizado del OPR, nuevamente en la página 355 en el párrafo que continúa al inicio de la página, la Comisión habla de la concentración que "puede' favorecer el mantenimiento de poder sustancial; y en la página 357 señala que el valor de las marcas de los participantes en el mercado y las inversiones en publicidad constituyen "indicios" de barreras de entrada.

El argumento resulta **inoperante**, pues su planteamiento consiste en transcribir o citar parte de la Resolución recurrida, sin hacer ninguna acotación que pueda siquiera entenderse como agravio que controvierta algún punto en específico, excepto por dos afirmaciones generales, gratuitas y no razonadas. Primero, afirma Cemex que la Comisión:

> *"...estableció que es importante el costo de transporte para la posibilidad y viabilidad de nuevos competidores, que los productores eligen la distancia a la que les es rentable operar, y que esos fueron aspectos que la CFC no tomó en cuenta al definir el mercado relevante en la sentencia recurrida."*

Al respecto Cemex no ataca los argumentos de la CFC sobre la definición de mercado relevante limitándose a argumentar que los costos de transporte son importantes para ciertas cuestiones como la distancia a la que las plantas operan. Sin embargo, Cemex no se refiere a los argumentos sobre definición de mercado del OPR o la Resolución recurrida. Contrariamente a lo que afirma Cemex, la definición de mercado relevante no es necesariamente incompatible con la existencia de costos de transporte, economías de escala u otras características de la tecnología, por lo que Cemex debió enfocarse a argumentar sobre los elementos de la definición de mercado relevante del OPR o Resolución que estimaba equivocados o infundados.

En cuanto a que, según CEMEX, es arbitraria la determinación de la Comisión en la que establece que los insumos son las plantas productoras y que como CEMEX tiene más participación de mercado tiene mayor acceso a insumos, en atención a que de acuerdo con CEMEX la LFCE se refiere a insumos para la producción, se señala que su argumento es **infundado**, pues textualmente la fracción IV señala que: "*para determinar si un agente*

económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberán considerarse las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos." En ese sentido se habla de insumos en general y no solo a los de producción, por lo que, si la ley no distingue, no debe hacerse distinción alguna.

> **11.10.** La Comisión viola las disposiciones contenidas en los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE y 9, 10, 11, 12 y 13 del RLFCE vigentes cuando ocurrieron los hechos, ya que tal y como se indicó, debe quedar claro que si la Comisión no definió con claridad la práctica a investigar menos aún puede establecer el mercado relevante, al no respetar los parámetros legales para la definición; el poder sustancial no puede establecerse ya que éste se da en función del mercado relevante. Adicionalmente, el poder sustancial se determina en base a la capacidad de una empresa de aumentar precios en forma sostenida sin que los competidores o los consumidores reaccionen; la Comisión sólo habla de participaciones de mercado respecto de las cuales no señala la composición de las ventas, si son al mayoreo o no, de qué tipo de cemento, si incluyen o no el cemento usado para concreto y mortero, por lo que el razonamiento de la Comisión carece de la debida fundamentación y motivación.

De nueva cuenta, la recurrente parte de una suposición lo cual hace que su agravio devenga de **inoperante**, ya que parte del supuesto sin ahondar más en el punto sobre que la práctica investigada está mal definida y al estar mal el mercado relevante también lo está, lo cual también es erróneo como ya se había establecido en el numeral inmediato anterior.

En cuanto a que el poder sustancial se determina con base a la capacidad de una empresa de aumentar precios en forma sostenida sin que los competidores o los consumidores reaccionen, resulta **inoperante por novedoso**, pues no fue planteado por la ahora recurrente en su contestación al OPR; sin embargo, es de precisarse que el artículo 13, fracción I, de la LFCE al que se pretende referir la recurrente no señala que la empresa tenga capacidad de aumentar precios en forma sostenida sin que los competidores o los consumidores reaccionen, sino que entre muchos otros elementos previstos en dicho artículo 13 de la LFCE y 11 y 12 del RLFCE, aplicables al procedimiento, debe considerarse la participación de mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes económicos puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Como se observa son cuestiones totalmente distintas lo que sostiene la recurrente y lo que en realidad establece la fracción I del artículo 13 de la LFCE.

Finalmente, en cuanto a que sólo se habla de participaciones de mercado respecto de las cuales no señala la composición de las ventas, si son al mayoreo o no, de qué tipo de cemento, si incluyen o no el cemento usado para concreto y mortero, el argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, pues en primer lugar no señala el por qué es y era relevante hacer una separación de las características que menciona, tampoco señala cómo, de haberlo considerado, la participación de mercado de Cemex hubiera sido distinta y, en consecuencia, cómo dichos datos hubieran

modificado el hecho de que tiene poder sustancial en el mercado relevante de la comercialización al mayoreo de cemento gris Portland en el territorio nacional. Además se señala que las ventas fueron proporcionadas por los diversos agentes económicos que participan en el mercado, así como su capacidad instalada, lo que nos permite determinar la participación de mercado y la posibilidad de que se puedan fijar precios o restringir el abasto. En efecto en la resolución se valoró este elemento con base en las siguientes pruebas:[205]

> "*La **participación de mercado de Cemex (numeral 1.1), en la comercialización al mayoreo de cemento gris Portland en el territorio nacional,** se basó en la Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación,*[206] *la cual no es objeto de prueba por ser un ordenamiento legal, la respuesta al requerimiento de información formulado a diversas empresas productoras de cemento,*[207] *la cual tiene valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203 y 204 del CFPC y en el Reporte Anual de 2003, 2004, 2005 y 2006 presentado por Cemex a la BMV,*[208] *el cual tiene valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203, 207, 208 y 210-A del CFPC y con ellas se acredita que los índices de concentración obtenidos a partir de las ventas y la capacidad instalada superan los umbrales establecidos por la Comisión, por lo que indican que existe una alta concentración en la industria que puede favorecer el mantenimiento del poder sustancial de la empresa que ostenta la mayor participación de mercado, que en este caso es CEMEX.*"

11.11. De igual forma causa agravio, ya que a fojas 250, 251, 354 y 355 de la Resolución recurrida no especifica cómo fueron calculados los índices de concentración y dominancia y no refiere el DOF en donde aparece el método de cálculo acorde al artículo 13 del RLFCE, pues para que la Resolución emitida por la autoridad esté debidamente fundada, debe citar los preceptos legales aplicables y las fuentes de las que derivaron los datos necesarios para realizar las operaciones que llevaron a determinar su argumento y genere certidumbre al gobernado sobre la forma en que lo obtuvo.

El argumento es **inoperante por reiterativo**, pues ya había manifestado tal argumento, el cual fue debidamente respondido en el numeral 7.1.1 de la Resolución recurrida,[209] en dónde se señaló que no es necesario incluir las operaciones aritméticas, cuestiones que no controvierte la recurrente.

---

[205] Véanse páginas 138 a 144 y 354 y 355 de la Resolución recurrida,

[206] En términos del primer párrafo del Resolutivo Cuarto de la *RESOLUCION por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*, publicada en el DOF el 24 de julio de 1998.

[207] Fojas 4998, 7926 7928 del expediente

[208] Fuente: Informes anuales dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco presentados por CEMEX. Fojas 5205, 5283 y 5366. Reporte a la BMV, dos mil seis. Foja 8861 del expediente.

[209] Véanse páginas 248 y 249 de la Resolución recurrida.

Por otro lado, precisamente en la página 354 y 355 de la Resolución recurrida que refiere la recurrente, se indican los datos del DOF (véase pie de página 617) en dónde está publicada la *Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación.*[210] En dicha Resolución se contienen todas y cada una de las fórmulas que deben utilizarse para hacer la determinación del grado de concentración, y basta con vaciar los valores, principalmente ventas, para arribar a los resultados. Los datos que se consideraron están ubicados en las páginas 136 a 142 de la Resolución recurrida, en los cuadros veintidós y veintitrés (22 y 23), Tabla "A", veinticuatro y veinticinco (24 y 25), en donde se citan las fuentes de la información que se utilizó.

> **11.11.2** En la determinación de poder sustancial considera la Comisión que el costo de transporte es un factor en la comercialización, que los productores consideran la distancia a la que les es rentable vender y que el transporte al consumidor es determinante, todo esto la Comisión lo considera como barreras cuando en realidad debió considerarlos para determinar el Mercado relevante.
>
> La Comisión usa "presunciones" e "indicios" en diversos aspectos en los que basa su análisis violando el artículo 11 de la LFCE que dice "deberán comprobarse" el poder sustancial y que los hechos se realicen respecto a bienes y servicios que correspondan al mercado relevante, esto es muy diferente a utilizar presunciones subjetivas e indicios que en manera alguna están entrelazados y analizados bajo una lógica
>
> Asimismo, la recurrente señala que de la doctrina europea se destaca que el Tribunal de Justicia europeo ha dicho que la posición dominante se caracteriza por la falta de efectividad de la competencia existente en el mercado relevante, para alterar significativamente el comportamiento de la empresa dominante.
>
> La Comisión señala que hay cemento disponible en todo el territorio nacional, que los consumidores no tienen problema de abasto y que los precios en los diversos Estados de la República han estado estables, precisamente lo contrario a establecer una posición dominante o poder sustancial.
>
> Lo anterior, concluye que los razonamientos expuestos por la Comisión no fueron debidamente acreditados de acuerdo con lo señalado tanto en la LFCE como en el RLFCE respecto al poder sustancial y al mercado relevante.

El primer argumento es **<u>inoperante</u>**, pues la recurrente no explica por qué el costo de transporte, la distancia que consideran los productores y el transporte al consumidor no son barreras, solo se

[210] En términos del primer párrafo del Resolutivo Cuarto de la *RESOLUCION por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*, publicada en el DOF el 24 de julio de 1998.

limita a señalar que éstos no debieron haberse tomado como barreras, sino para definir el mercado relevante, pero es omisa en señalar las razones que sostienen su aseveración y el por qué de haberse considerado así, se hubiera modificado la definición del mercado relevante y la determinación del poder sustancial y ante tal ausencia su argumento resulta gratuito e inatendible.

Por otra parte, Cemex es omisa en señalar en dónde se utilizaron los indicios y las presunciones y el por qué éstos carecen de valor alguno. En este sentido no basta con señalar de manera genérica que no tienen valor, cuando ni siquiera hace referencia directa a los supuestos indicios y presunciones y con base en ello determinar si le asiste o no la razón a la recurrente. Sin perjuicio de la inoperancia del argumento, se señala que las pruebas y elementos de convicción utilizados para determinar el poder sustancial en el mercado relevante está debidamente analizado y soportado de las páginas 354 a 359 de la Resolución recurrida y de ahí no se deriva que esta Comisión se haya basado en presunciones e indicios, como lo sostiene la recurrente, sino en documentales, amén de que las presunciones son consideradas como pruebas en términos del artículo 93, fracción VIII del CFPC.[211]

---

[211] Sirven de apoyo a lo argumentado las siguientes tesis del PJF: ***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.* Época: Novena Época. Registro: 168495. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVIII, Noviembre de 2008. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A. J/74. Pag. 1228. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1228. ***PRUEBAS INDIRECTAS. CONFORMAN PRUEBA PLENA SI EXISTE UN NEXO CAUSAL O DE EFECTO, SEGÚN SE TRATE DE INDICIOS O PRESUNCIONES, ENTRE EL HECHO PROBADO Y EL HECHO POR PROBAR.*** *Las pruebas indirectas son aquellas mediante las cuales se demuestra, a partir de un hecho denominado secundario, la existencia de otro hecho, que es el afirmado en la hipótesis principal o hipótesis a probar, siempre que se exponga el fundamento de conocimiento para confirmarla. Ahora, la credibilidad de dicha hipótesis*

Por otra parte, el argumento es **inoperante**, pues la recurrente no explica la relevancia de su afirmación, según la cual el Tribunal de Justicia europeo ha dicho que la posición dominante se caracteriza por la falta de efectividad de la competencia existente en el mercado relevante, para alterar significativamente el comportamiento de la empresa dominante. La recurrente realiza esa afirmación sin relacionarla en forma alguna a un agravio o argumento especifico de la Resolución recurrida.

En cuanto al desabasto, la recurrente confunde términos y parte de un supuesto equivocado. La recurrente asume equivocadamente que el ejercicio del poder sustancial debe reflejarse en desabasto, de manera que los compradores no pueden encontrar el producto que desean adquirir.

Por el contrario, el ejercicio de poder sustancial de mercado da lugar a la **restricción de la oferta**, pues el agente incrementa precios y necesariamente reduce la cantidad de equilibrio en el mercado. Sin embargo, **la restricción de la oferta no produce desabasto,** pues la oferta y la

---

dependerá tanto de la certidumbre, probabilidad y verosimilitud del hecho secundario, como del grado de aceptación de la inferencia, que exige un nexo pertinente y convincente que justifique la conclusión hipotética. En este orden de ideas, para que las pruebas indirectas lleguen a conformar una prueba plena, obtenida a través de inferencias o deducciones de los hechos secundarios o indiciarios, es indispensable que exista el nexo causal -en el caso de los indicios- o el nexo de efecto -en el caso de presunciones- entre el hecho conocido y el desconocido que, además, debe resultar pertinente y convincente para inferir o deducir el hecho principal. Cabe decir que el nexo -causal o el de efecto- entre el hecho probado y el hecho por probar, inferido o presunto, puede consistir en una regla, estándar, máxima de experiencia, técnica, teoría, análisis estadístico, incentivo relevante, práctica social, económica, cultural y política, principio de la ciencia, regla de la sana crítica, método, finalidad o motivo relevante o cualquier otro análogo, que justifique la existencia del hecho inferido o presunto, en razón de una práctica, actividad o un proceso convencional y reiterado, con cierto margen de certidumbre o repetibilidad. Época: Novena Época. Registro: 171946. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVI, Julio de 2007. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.A.77 K. Pag. 2685. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Julio de 2007; Pág. 2685.

PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES. *La conducta procesal de las partes es un elemento básico, puesto que proporciona al juzgador elementos objetivos de convicción que deben tomarse en cuenta para derivar de ellas las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan; por tanto, si se advierte que durante el juicio alguna de las partes obró dolosamente, al afirmar hechos o circunstancias de los que posteriormente se contradice, deberá ponderarse esa conducta contradictoria, la cual es un dato objetivo que puede utilizarse como argumento de prueba, el cual, adminiculado con el resto del material probatorio y las circunstancias del caso, será de utilidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos. La apreciación conjunta de estos elementos determinará el grado de probabilidad del hecho que se pretende demostrar, en la inteligencia de que el hecho presumido debe inferirse, de manera lógica, de la conducta procesal.* Época: Novena Época. Registro: 180829. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XX, Agosto de 2004. Materia(s): Civil, Común. Tesis: I.4o.C.69 C. Pag. 1653. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Agosto de 2004; Pág. 1653.

demanda se equilibran en un nuevo precio más alto y en una cantidad intercambiada más baja. Cada consumidor reduce la cantidad comprada en virtud de los mayores precios, pero puede comprar la cantidad de cemento que desee si está dispuesto a pagar los precios prevalecientes.

Al respecto, de acuerdo a la ciencia económica, un equilibrio de mercado (sea duopolio u oligopolio) se caracteriza por la igualación de la oferta y la demanda, por lo que no puede existir exceso de demanda (desabasto). De existir desabasto, los precios se incrementarían lo suficiente para que se reduzca la demanda y se restablezca el equilibrio. En equilibrio, el exceso de demanda (desabasto) es necesariamente cero.[212]

El error de la recurrente es evidente si se confronta con la experiencia, pues en mercados libres (donde existe libre determinación de precios y cantidades por parte de las empresas) los monopolios no se caracterizan por provocar desabasto, sino precios excesivos y cantidades demandadas menores a lo eficiente. En todo caso, la recurrente no cita textos ni presenta argumentos en el sentido de que el ejercicio de poder de mercado esté relacionado o implique al desabasto.

Por todo lo anterior, deviene de **inoperante** su agravio.

Décima cuarta.- En su agravio **décimo primero** (sic) Cemex señala que le causa agravio la indebida valorización que efectuó la Comisión respecto a la prueba pericial según se advierte en el Considerando Séptimo, punto 2, de la resolución recurrida, en virtud de lo siguiente:

> **12.1.** En efecto, respecto al análisis de sustitución realizado por la Comisión a foja 281 y siguientes, debemos de establecer que la Comisión no realiza una caracterización a profundidad de la demanda para delimitar el mercado relevante.
>
> No hay evidencia en autos que demuestre que así lo haya realizado debido que no utilizó ningún instrumento cuantitativo, sino que su análisis fue cualitativo y en la percepción de la información proporcionada por los agentes económicos.
>
> De acuerdo a la propia Ley Federal de Competencia Económica, su reglamento, y las mejores prácticas internacionales, la caracterización adecuada y cuantitativa de la demanda es una condición necesaria para determinar el mercado relevante. Es importante señalar que como lo establece el artículo 12 de dicha ley, la RESPONSABILIDAD de realizar un análisis de caracterización de la demanda (de sustitución) es de la propia CFC y no de los agentes económicos.

[212] Ver capítulo 17 de Andreu Mas-Colell, Michael Whinston, y Jerry Green, "*Microeconomic Theory*", Oxford University Press, 1995.

Al considerar que el cemento es un "*commodity*", es un bien diferenciado, intermedio con diferentes usos y calidades, la Comisión debió de hacer un análisis de caracterización de la demanda segmentada y ver los grados de sustitución entre los diferentes tipos. Para ello, debió aplicar técnicas cuantitivas para determinar los productos relevantes y ver si realmente el mercado relevante se refiere nada más al cemento gris tipo Portland.

12.2. Para determinar con precisión las preferencias de los consumidores, se requiere como lo marca la LFCE y su RLFCE y las mejores prácticas internacionales, una caracterización a profundidad, adecuada y cuantitativa de la demanda; es decir, un análisis de sustitución para delimitar el mercado relevante, cuya responsabilidad de realizarlo es propia de la CFC no de los agentes.

Ni en la resolución impugnada, ni en el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio la Comisión precisó situaciones de técnicas cuantitativas en su análisis de sustitución para delimitar el mercado relevante como son el análisis de demanda residual; el criterio de análisis de pérdida (si el incremento de precios es rentable o no); análisis de diferenciación de productos; estimación de un sistema de demanda; pruebas de causalidad; pruebas de precio (cross-sectional test Price), Test SSNIP o test del monopolista hipotético, entre otros. Y aunado a lo anterior, recalca que el perito, contrario a lo manifestado por la Comisión, si dio elementos suficientes para que la CFC realizará un análisis de sustitución con técnicas cuantitativas, como las ya mencionadas para determinar si estos productos son o no sustitutos perfectos o imperfectos, resaltando que los sustitutos del cemento no tienen que ser idénticos para ser incluidos en el mismo mercado relevante ya que son productos diferenciados.

Por lo anterior, los materiales como la Madera, (sic) Acero, (sic) Aluminio, (sic) Yeso, (sic) Asfalto, (sic) Plástico, (sic) Vidrio, (sic) Arcilla (sic) y Ladrillo (sic) debieron ser incluidos en el mismo mercado relevante por poseer un grado de sustitución con respecto al cemento.

No existió un análisis probatorio para acreditar que las técnicas cuantitativas para delimitar el mercado relevante y sus productos relevantes como lo señalan los artículos 348 y 350 del CFPC y la autoridad solo se basó en simples percepciones con base en la información proporcionada por los agentes económicos. No hay pruebas que lo demuestren en autos porque no utilizó ningún instrumento cuantitativo sino que fue cualitativo

Los argumentos anteriores resultan **inoperantes por novedosos**, ya que en primer lugar, no atacan las consideraciones que se plasmaron en la Resolución en los que se analizaron los argumentos que planteó Cemex en su contestación al OPR sobre sustitutos,[213] sino que por el contrario pretende formular nuevos argumentos que atacan la determinación del mercado relevante que se hizo a partir del OPR de manera extemporánea. Por tal motivo, resultan inatendibles.

[213] Véanse apartado 6.6 visible a páginas 241 a 250 de la Resolución recurrida.

No obstante lo anterior, resultan equivocados debido a que la Comisión sí realizó un análisis de los productos con la debida caracterización a profundidad de la demanda para delimitar el mercado relevante que pudieran ser sustitutos del cemento, como se aprecia en la sección 1.2.2 del OPR.[214] El OPR delimitó el mercado relevante tomando en cuenta el análisis de la demanda entre otros factores.

La conclusión de la Comisión es que la sustitución del cemento por tales materiales es mínima y, por lo tanto, como el mismo Cemex reconoce, no son sustitutos perfectos ni cercanos, ni se da en todos los usos que se pudieran considerar.

La recurrente afirma que la falta de *"caracterización a profundidad de la demanda para delimitar el mercado relevante"* se debió a que la Comisión no utilizó ningún instrumento cuantitativo. La recurrente no justifica el por qué en su opinión era necesario y posible el haber aplicado una técnica cuantitativa específica y cual debió ser. Pretende que, por el solo hecho de presentar una lista de técnicas o supuestas técnicas y mencionar que no se aplicaron se invalida el análisis del OPR, valorado en la Resolución recurrida.

Sin embargo, sí se utilizó análisis cuantitativo en los aspectos en que fue necesario y posible hacerlo, como se explica más adelante.

En la lista de técnicas propuestas por la recurrente se puede observar que algunas de ellas no son realmente técnicas, sino afirmaciones de que se debió haber analizado una cierta característica de los mercados (por ejemplo, análisis de diferenciación de productos); otras no son realmente técnicas cuantitativas como es el caso del "Test SNIPP", el cual es una construcción teórica auxiliar para comprender el concepto de mercado relevante basada en un monopolista hipotético y su capacidad para incrementar precios sin ser disciplinado. Si bien es posible utilizar técnicas cuantitativas para analizar la diferenciación de productos o para determinar el mercado relevante apoyándose en la teoría SNIPP, dichas técnicas son en la mayoría, casos que requieren datos detallados y estadísticamente representativos sobre la demanda (por ejemplo, encuestas o bases de datos multianuales de precios, costos y circunstancias de venta como monto de las ventas, costos de comercialización, entre otros).

El OPR delimitó el mercado relevante tomando en cuenta el análisis de la demanda entre otros factores. Al hacerlo, utilizó los principios asentados en la LFCE y comúnmente aceptados a nivel internacional. Es decir, el análisis de los productos y de su uso; la participación de mercado; las barreras a la entrada; la sustitución por el lado de la demanda y oferta; tecnología y precios; entre otros. En este sentido la CFC se basó en lo que le prescribe la LFCE y el RLFCE. Como ejemplo de que, lo realizado por la CFC es lo correcto, podemos señalar que la literatura económica y autoridades de competencia generalmente consideran que esta es una forma adecuada de definir

[214] Véanse páginas 108 a 109 de la Resolución recurrida en dónde está transcrito el OPR.

el mercado relevante.[215] Por ejemplo, la Unión Europea establece el mismo enfoque y contempla los estudios econométricos sólo como una forma de apoyo al análisis.[216] De la misma manera, la *Office of Fair Trading* (OFT) de la Gran Bretaña en sus lineamientos para definir el mercado relevante utiliza esta metodología general.[217]

Finalmente, el Banco Asiático de Desarrollo (ADB) en su "*Competition Law Toolkit*" se refiere a dicho enfoque como "perfectamente razonable" cuando no se tiene evidencia directa de sustituibilidad en la demanda.[218]

Con base a lo anterior, la literatura económica coincide en que la metodología a utilizar puede variar, no siendo indispensable o posible en algunos casos hacer estudios econométricos de sustitución o diferenciación. Más aún, algunas de las técnicas mencionadas han sido poco utilizadas en casos de prácticas relativas, siendo metodologías más comunes en el análisis de concentraciones o prácticas de colusión. Lo anterior porque, en prácticas relativas, las estimaciones de elasticidades y rentabilidad pueden reflejar patrones de sustitución en un nivel de precios no competitivos, lo que lleva a una incorrecta delimitación del mercado relevante y el ocultamiento del poder sustancial de mercado. Este problema conocido como la "falacia del celofán" es una desventaja de algunas de las técnicas econométricas mencionadas basadas en la estimación de elasticidades de demanda.[219]

Por otra parte, en la Resolución recurrida se expusieron los elementos de análisis cuantitativo utilizado desde el OPR. Por ejemplo, en el Cuadro catorce (14) de la Resolución recurrida,[220] se presentan los índices de correlación entre los precios de materiales para la construcción, enero de dos mil cuatro a septiembre de dos mil ocho. De este análisis se concluyó que no existe una correlación significativa entre las variaciones de los precios del cemento y los productos de yeso, madera, alambre y metálicos en el periodo de enero de dos mil cuatro a abril de dos mil ocho, representativo del periodo de la investigación; y tampoco en un periodo más amplio de enero del dos mil cuatro a septiembre de dos mil ocho. En ambos periodos, los precios de todos los materiales para la construcción distintos del cemento que se listan en el citado Cuadro catorce (14) registraron incrementos en sus precios, los cuales no correspondieron a, ni guardaron relación con, los incrementos de precios del cemento.

---

[215] Ver por ejemplo: Motta, Massimo, "Competition Policy", Capítulo 3.
[216] Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law: http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm;
[217] Disponible en: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/ca98_guidelines/oft403.pdf
[218] Asian Development Bank, "Competition Law Toolkit": http://www2.adb.org/Documents/Others/OGC-Toolkits/Competition-Law/default.asp
[219] Comisión Europea, Dirección General de Competencia. "D*iscussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*" Brussels, diciembre 2005 , párrafo 13. Consultado en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf
[220] Visible a página 114 de la Resolución recurrida.

Lo anterior indicó poca posibilidad de sustitución, dado que los precios de los productos no se comportan de manera paralela o similar. En este caso, las variaciones de los productos de yeso, metálicos, de alambre y la madera han sido claramente distintas de las sufridas por el cemento, lo que representa un indicio de la poca sustitución entre estos productos.

> **12.3.** Asimismo, no es permisible que se tenga por acreditado un elemento que acredita una práctica monopólica en función a una desestimación de la prueba pericial del agente económico denunciado, en otras palabras, no se puede tener por acreditado una acción en función que el demandado no acredito sus excepciones y pruebas, sino debe demostrar la acción, sus elementos y sus pruebas.

El argumento es **infundado**, ya que en el OPR se expusieron todos y cada uno de los elementos con los cuales se presumía su responsabilidad, con la finalidad de que Cemex produjera su contestación y ofreciera pruebas para defenderse de la imputación y hecho lo anterior, esta autoridad estuviera en aptitud de resolver conforme a todos los elementos de prueba que existen en el expediente, a saber: los recabados durante la investigación, los aportados por Cemex en su contestación al OPR y los allegados por esta autoridad como pruebas para mejor proveer (pruebas adicionales). Todas esas pruebas fueron debidamente analizadas y valoradas en la Resolución recurrida y es con base en ellas que se determinó la responsabilidad de Cemex. Por lo tanto, se concluye que no fue con base en la desestimación de la prueba pericial de Cemex que se determinó la práctica monopólica, sino con todos los elementos de convicción que obran en el expediente, los cuales se analizan en más de ochenta (80) páginas de la Resolución recurrida.

> **12.4.** Siguiendo la misma línea, la Comisión hizo una indebida valorización (sic) de la prueba, concretamente la documental pública número dieciséis al valorizarlo (sic) de manera aislada, negando valor probatorio al documento sin vincularlo, ni relacionarlo con el argumento de defensa de Cemex.
>
> A foja 318 de la Resolución recurrida, la Comisión desnaturaliza la fuerza legal de un documento al valorizarlo de manera aislada, niega el valor probatorio de un documento sin vincularlo ni relacionarlo con el argumento de defensa de Cemex por lo que incurre en una violación de la valorización (sic) de las pruebas aportadas infringiendo el artículo 348 del CFPC.

En cuanto a la prueba identificada con el número 16 y valorada en la Resolución recurrida a fojas 318 a 323, resulta **infundado** que no se haya relacionado con el argumento de defensa de Cemex, tal y como se advierte de la siguiente trascripción:

> *"9. En cuanto a la prueba* ***DOCUMENTAL PÚBLICA****, identificada con el numeral dieciséis (16) del acuerdo de fecha veinte de marzo de dos mil nueve, que consiste en "escritura número 102,906 de fecha 27 de febrero de 2009 otorgada ante la fe del licenciado Javier Arce Gargollo, notario público número 74 del Distrito Federal, misma que contiene una fe de hechos que da fe de la existencia de cierta información que aparece publicada en las páginas de internet", misma que fue relacionada con la contestación al*

OPR por diversas consideraciones de derecho y para acreditar distintos extremos según su apéndice, por lo que se valoran en forma separada las secciones del mismo.

a. *Se valoran en conjunto por estar estrechamente relacionadas y dar el mismo tratamiento legal, las siguientes partes:*

i. ***Apéndice A**, que fue relacionado con la contestación a la consideración de derecho **"Novena"** a efecto de acreditar "la producción bruta total de las unidades económicas constructoras y la producción bruta total de la edificación residencial, así como la importancia de esta última en la primera".*

El apéndice A presenta los datos de producción bruta total de las unidades económicas constructoras y la producción bruta total de la edificación residencial, de donde es posible estimar la importancia de esta última en la primera. El resultado es 31.66%.

ii. ***Apéndices B y D**, que estuvo relacionada a la contestación de la consideración de derecho **"Novena"** a efecto de acreditar "que la aseveración de esa Comisión respecto a que el cemento gris y sus derivados representan más del noventa por ciento (90%) del valor agregado del sector manufacturero asociado a la construcción es falsa y sesgada a efectos de exagerar el peso del cemento en el análisis, de igual forma se prueba que dicha representación ha disminuido de 2003 a 2006", y "que las clases de actividad que el oficio de presunta responsabilidad reporta en el Cuadro 10 de la foja 191 no son todas las que corresponden a materiales utilizados en la construcción".*

La información presentada en los apéndices B y D corresponde a índices de precios de materiales usados en la construcción. Se muestran entre 15 y 18 categorías de materiales con índices de precios de 2008 a 2009. Sin embargo, en estos apéndices no se muestra cual es el peso relativo de cada actividad en términos de valor, por lo que no se puede concluir sobre la participación del cemento en el valor total de las manufacturas asociadas a la construcción.

iii. ***Apéndices C y K**, el cual fue relacionado con la contestación a la consideración de derecho **"Novena"** a efecto de demostrar "que las alzas en el precio del cemento no han sido factor en el incremento en el costo de vivienda en México".*

Se presenta los índices de precios de la vivienda y de materiales de construcción. Si bien los números muestran que la vivienda ha incrementado sus precios en un mayor porcentaje que los materiales de construcción presentados en el apéndice K, no se presenta evidencia que muestre que las alzas en el precio del cemento no han sido factor en el incremento en el costo de vivienda en México".

iv. ***Apéndice I**, mismo que se relacionó con la contestación a la consideración de derecho identificado con la consideración de derecho **"Décima"** con la finalidad de demostrar "la inexistencia de poder sustancial de las cementeras establecidas en el país" y "que los incrementos en los insumos de producción no han podido ser trasladados al precio final".*

El apéndice I presenta datos sobre incrementos de precios en diversos productos y en particular en el petróleo crudo. Sin embargo, no presenta evidencia para sustentar el

dicho según el cual esa información probaría "la inexistencia de poder sustancial de las cementeras establecidas en el país." Así mismo, no proporciona información para sustentar "que los incrementos en los insumos de producción no han podido ser trasladados al precio final", pues no presenta el contra factual que describa donde estarían los precios del cemento si el precio del petróleo no hubiera subido como lo ha hecho.

v. ***Apéndices F y J****, documental que se relacionó con la contestación al cardinal* ***"Novena"*** *del OPR a efecto de acreditar "la estructura del costo directo de producción de cemento en México durante 2003 y 2006", "que los energéticos constituyen –por mucho- el principal rubro de costo directo pues representan más de la mitad del total" y que "para la industria manufacturera en su conjunto, los energéticos apenas representan poco más de un 5% del costo directo de producción".*

Los apéndices F y J no presentan datos suficientes para poder corroborar que "los energéticos constituyen el principal rubro de costo directo" o que "representan más de la mitad del total" y que "para la industria manufacturera en su conjunto, los energéticos apenas representan poco más de un 5% del costo directo de producción"."

vi. ***Apéndice H****, que se relacionó con la contestación al cardinal* ***"Décima"*** *del OPR, ofrecido para probar "el crecimiento real del PIB de la construcción y de las ventas reales de cemento (en volumen) entre 2003 y 2005" y "que el mercado mexicano de cemento no ha sufrido restricción de abasto alguna".*

El apéndice H presenta la serie de Producto Interno Bruto trimestral de la industria de la construcción de 2003 a 2007. Sin embargo, no muestra evidencia alguna de que "el mercado mexicano no ha sufrido restricción de abasto", pues la información presentada es compatible con un escenarios de mercado con precios competitivos, supra-competitivos o aun de monopolio. Es decir, el hecho de que no haya escasez de cemento y por lo tanto la oferta sea igual a la demanda no dice nada sobre el nivel de competencia en el mercado.

A las documentales en comento (i a vi) se les otorga valor pleno con respecto a la fuente de los mismos, esto con atención al contenido de los artículos 129, 202, 210-A y 217 del CFPC y de ellas no se acredita lo sostenido por la emplazada.

b. *En forma conjunta también se estudian los* ***Apéndices L y M****, que fueron relacionados con la contestación a la consideración de derecho marcada como* ***"Novena"****, a efecto de acreditar que "existen otras cementeras que cuentan con mecanismos de distribución similares tal como es el caso de Holcim Apasco quien también cuenta con una red de distribuidores propia".*

Atento al contenido de los artículo 129, 202, 210-A y 217 del CFPC, supletorio a la LFCE y su Reglamento, de conformidad con el artículo 1 de éste último, se concede valor probatorio con respecto a la fuente de dicha documental y la declaración en ellos contenida.

Igualmente, de acuerdo a los artículos 217 y la fracción II del artículo 190 del mismo ordenamiento, los indicios sobre la autoría del documento permiten atribuirla a quien la emplazada pretende que se atribuya, esto es a Holcim Apasco, quien es el titular de la información.

Habiendo mencionado lo anterior, debe precisarse que no es posible atacar con este simple medio probatorio las aseveraciones de esta Comisión acerca de que el agente denunciado es el único que cuenta con una red de distribución propia. El documento que se señala indica lo siguiente:

"...El programa 'Mi Casa' de Holcim Apasco está orientado a diferenciar a los Distribuidores de Holcim Apasco del resto de las casas de materiales..."

Y más adelante refiere:

"El programa 'Mi Obra' de Holcim Apasco está orientado a apoyar a los profesionales de la construcción con Asesoría, Diferentes esquemas de crédito y una amplia variedad de materiales..."

Si bien se indica en tales aseveraciones la promoción de programas del agente económico competidor del denunciado, debe precisarse que de su simple lectura no se puede corroborar la existencia de un canal de distribución real, ni mucho menos que la propiedad del mismo corresponda a dicho competidor, debido a que se debe acreditar a plenitud en qué términos se encuentran constituidos dichos canales de distribución, pues el acto jurídico que los genere puede ser en extremo diverso.

No obstante lo anterior, para esta CFC además resulta un hecho notorio el programa Mi Casa, el cual no constituye propiamente un canal de distribución propiedad de Apasco, simplemente es un programa y son los propios distribuidores los que se adhieren a ese programa, pero ello no significa que Apasco sea dueño de ese canal. Tan es así que en dicho canal los distribuidores venden productos no solo de Apasco, sino también de Cemex y otros competidores. Ello quedó demostrado en el expediente DE-032-2006, en el cual Cemex formó parte como empresa emplazada, por lo que también es de su conocimiento tal situación,[221] *motivo por el cual no se crea convicción, en el ánimo de esta Comisión sobre la existencia del canal de distribución que se argumenta.*

c. *El **Apéndice G**, por su contenido se analiza en forma separada, este medio de convicción fue relacionado con la contestación al OPR en cuanto a su consideración de derecho marcada con el cardinal **"Novena"** a efecto de acreditar "que la estructura del costo directo de producción de cemento en Tailandia durante diciembre de 2003 a octubre de 2008" y "que el peso de los energéticos dentro de la estructura de los costos directos de producción también es muy sustancial".*

En lo que refiere a esta probanza, debe señalarse que se hace efectivo el apercibimiento decretado en el acuerdo de fecha veinte de marzo de dos mil nueve, por el cual fue admitida la misma, el cual reza en la parte conducente:

*"G.- Se tiene por admitida la prueba identificada con el numeral "16", la cual se tiene por desahogada dada su propia y especial naturaleza, y será valorada en el momento procesal oportuno. **Se hace constar que existen fragmentos de dicha documental***

[221] Véanse páginas 170 a 175, 255 a 260 y 368 y 369 (en dónde se valoraron los anexos 15 y 16 ofrecidos como pruebas por Apasco) de la resolución emitida en el expediente DE-032-2006.

> ***pública que contiene información en idioma distinto al español*** *y para lo cual no se adjunta la traducción correspondiente. En virtud de lo anterior y* ***con fundamento en el artículo 271 del CFPC, no se tomará como parte de esta prueba la información que consta en idioma distinto al español****."*
>
> *En ese sentido, no será motivo de valoración ni estudio dicho apéndice, ya que la totalidad del mismo obra en idioma extranjero, lo anterior de acuerdo al artículo 271 del CFPC y el acuerdo antes citado.*
>
> *d. Por lo que hace al* ***Apéndice E****, éste ya fue analizado en el inciso 4 de este capítulo de valoración de pruebas."*

De dicha trascripción se advierte que la prueba se analizó a la luz de los hechos que Cemex quería probar y se expusieron los motivos por los cuales se determinó que no tenía el alcance probatorio que Cemex pretendía. Por su parte, Cemex no especifica qué argumentos de defensa debieron ser considerados además de los que se plasmaron en la resolución y por qué.

> **12.5.** A Foja 287 de la Resolución recurrida, respecto a los diferentes usos del yeso, la Comisión descartó la posibilidad de sustitución con éste con base en la información proporcionada por Cemex por lo que existe una contradicción, ya que la Comisión es quien está obligada a realizar un análisis y caracterización de la demanda para delimitar el mercado relevante. Asimismo respecto al vidrio, arcilla y ladrillo descarta el análisis del perito.

El argumento es **inoperante**, pues la recurrente no señala por qué existe una incongruencia o una contradicción; además no explica por qué está mal lo que se dijo en la Resolución recurrida al desestimar lo que dijo el perito.

El OPR realizó el análisis y determinó el mercado relevante con base en la información que obra en el expediente. Específicamente, las conclusiones sobre la sustitución del yeso se basaron en información proporcionada por el mismo agente denunciado, tal como se aprecia en las páginas doscientos dos y doscientos tres del OPR.[222]

Lo anterior no sólo es legal, sino que proviene precisamente de la investigación que realizó esta Comisión, por lo que para el análisis de mercado relevante, la Comisión está facultada para valerse de cualquier información que se haya allegado, y más aún la proporcionada por los propios denunciados, las cuales constituyen parte de las pruebas y elementos de convicción que sirven para sostener la imputación y que son valorados en la Resolución recurrida a fin de determinar la existencia de la práctica y la responsabilidad del agente económico emplazado.

Así, las afirmaciones del perito en el sentido que el yeso es de uso común en "*la construcción residencial, comercial e industrial, tal como plafones y láminas de tablaroca, utilizadas para la*

[222] Véase página 114 de la Resolución recurrida donde se transcribe el OPR.

construcción de muros y cielos, cuya principal finalidad no es soportar cargas sino dividir y delimitar áreas", no es contradicha por la información de la denunciada que al igual que el perito mencionó que *"También [el yeso] puede ser utilizado en mezcla con arena para sustituir el cemento en construcciones que no soporten grandes cargas (...) Se emplea además en productos fabricados, tales como plafones, láminas de tablaroca, placas acústicas y cartones enyesados para su uso en muros domésticos"*. [223]

Adicionalmente, en el numeral 1.2.3 de la Resolución recurrida[224] se presentó un análisis de correlación de precios del cemento y yeso que se basa en lo siguiente: suponiendo sin conceder que el yeso y el cemento fueran sustitutos cercanos, entonces los constructores podrían intercambiarlos fácilmente. Podrían usar cemento o yeso dependiendo de cuál sea más barato, lo que significa que los precios de ambos materiales serían cercanos todo el tiempo: como si fueran el mismo producto. Lo anterior implica que un aumento en el precio del yeso estaría asociado a un aumento en el precio del cemento y viceversa. Por el contrario, la evidencia muestra que los precios tienden a moverse de forma más o menos independiente, lo cual indica que no se trata de materiales que pueden ser sustitutos uno del otro, sino que cubren necesidades de la construcción, diferentes e independientes.

Con base en el análisis anteriormente descrito y en el cuadro 14 de la resolución,[225] se puede afirmar que no existe una correlación significativa entre las variaciones de los precios del cemento y los productos de yeso, madera, alambre y metálicos en el periodo de enero de dos mil cuatro a abril de dos mil ocho, representativo del periodo de la investigación; y tampoco en un periodo más amplio de enero del dos mil cuatro a septiembre de dos mil ocho. De lo anterior se desprende que el análisis de esta Comisión sí consideró los usos del yeso que mencionó el perito, pero los descartó con base en la información que proporcionó de la propia emplazada y al análisis de correlación de precios, el cual se basó en información de BANXICO (página 344 de la Resolución).

> **12.6.** La Comisión da por sentada que las manifestaciones del perito resultan parciales, ya que ignora que Cruz Azul y CYNCA mencionaron que no existe sustituto perfecto del cemento, lo cual equivaldría a determinar la presencia de alguna práctica monopólica sólo porque algún agente lo mencionó. Sin embargo, efectivamente la Comisión debe considerar los elementos proporcionados por los agentes pero el análisis y la delimitación del grado de sustitución es responsabilidad de la Comisión.

Este argumento es **<u>inoperante por manifestaciones genéricas,</u>** ya que la Recurrente recurrida no sustenta la afirmación según la cual la Comisión dio por sentado que las manifestaciones del

[223] Véase página 114 de la Resolución recurrida en donde se transcribe el OPR.
[224] Véanse páginas 115, 116 y 351 de la Resolución recurrida.
[225] Véase páginas 116, así como numeral 6.6 de la Resolución recurrida, visible a páginas 241 y 250.

perito son parciales. No explica cuál es el significado u objeto de su dicho según el cual Cruz Azul y CYNCA mencionaron que no existe sustituto perfecto y como eso equivale a determinar la presencia de alguna práctica monopólica sólo porque algún agente lo mencionó.

12.6.2 Siguiendo con la indebida valoración que efectuó la Comisión a la prueba pericial aportada por mi mandante y referente al análisis de sustitución conforme a la Teoría Económica debe resaltarse e insistirse que la responsabilidad de la Comisión fue realizar un análisis de sustitución cuantitativo para definir el mercado relevante, mismo que fue omiso en su realización en la Resolución recurrida.

Señala que la cita del uso del monopolista hipotético es parcial del documento "Concentraciones. Apuntes para el análisis económico", debido a que esta guía también señala sus limitaciones. Sin embargo, este análisis no eximió a la Comisión de replicar aunque sea como ejercicio analítico dicha prueba, de hecho no hay evidencia empírica que ilustre que alguna vez la Comisión lo haya replicado, por lo que resulta irresponsable que la Comisión sostenga e insista en la página 291 segundo párrafo, en que la responsabilidad de realizar la prueba y mostrar dicha sustitución sea del perito y no de la propia Comisión.

Para la Comisión no es marginal que solamente dos empresas hayan argumentado "Las manifestaciones del perito resultan parciales, ya que ignora que Cruz Azul y CYNCA mencionaron que no existe sustituto perfecto del cemento"

Entonces, ¿cuándo es marginal o no la declaración de un agente económico?, lo que interesa es que la Comisión es el único responsable de realizar un estudio cuantitativo conforme a las mejores leyes internacionales. Resulta irresponsable que todo su argumento gire en torno a que el perito debió de realizar el análisis cuantitativo de sustitución eludiendo su propia responsabilidad y creando con ello inseguridad jurídica en perjuicio de mi mandante.

La Comisión argumenta *"La opinión emitida por el perito del agente denunciado resulta parcial, ya que no considera el contenido íntegro del OPR, específicamente la sección marcada con el cardinal "Determinación del mercado relevante", donde en su página ciento noventa se precisa que para la definición de sustitución es necesaria la identificación del fin o propósito de uso que los usuarios le dan al cemento".*

Debemos señalar que no hay evidencia internacional que evidencie que alguna autoridad de competencia haya utilizado para delimitar el mercado relevante solamente con la percepción de "identificando el fin o propósito de uso que los usuarios asignan a los bienes" sin ningún análisis cuantitativo de por medio, por lo que de nueva cuenta la Comisión no probó con evidencia alguna un análisis de sustitución sin respaldo cuantitativo en la teoría económica.[226]

[226] Véase "Quantitative Techniques in Competition Analysis", Documento de criterios técnicos de la *Office of Fair Trading*, Research paper, Octubre 1999.

Y sigue diciendo en la resolución, impugnada que *"el perito no ofrece información o análisis alguno que muestre que la información de estas fuentes sea inconsistente como tampoco demuestra que el análisis de sustitución no esté basado en estándares internacionales, mismos que no presenta"*. Al respecto cabe decir que jamás el perito descalificó la calidad de información que procesan las instituciones (mencionadas en la página 292), lo que se cuestionó es el accionar de la Comisión respecto a dicha información por parte de las instituciones, no sistematizó la información con base en teoría económica y no realizó una caracterización de demanda (cuantitativamente) para delimitar el mercado relevante.

En primer término el argumento es **infundado**, pues quien ofreció la prueba pericial y quien tiene que soportar sus argumentos es el perito y esta CFC no está facultada para suplir las deficiencias del perito, en el sentido de hacer ejercicios analíticos para replicar la prueba. Al respecto, hay que recordar el principio general de derecho que reza: "quien afirma un hecho está obligado a demostrarlo". En este caso, el perito al afirmar que existen sustitutos del cemento gris, como los blocks o los tabiques de barro,[227] tiene que hacer sus observaciones señalando la información que lo soporte, cuestión sobre la cual no existe evidencia alguna, y no pretender que esta CFC lo realice, como ejemplo analítico, pues esta Comisión al hacer el análisis del mercado relevante afirmó "*que no existe una sustitución por el lado de la demanda...*" *Aunado a esto, después de analizar el proceso de producción, no se identifican productos sustitutos por el lado de la oferta*",[228] lo cual está debidamente probado en la Resolución recurrida.[229]

La definición del mercado relevante de la Resolución recurrida se realizó en estricto apego a la LFCE, para lo cual se utilizó metodología comúnmente empleada para estos casos a nivel internacional por autoridades de competencia. Contrario a lo que afirma Cemex, la ley no determina que es obligatorio hacer un análisis "cuantitativo", si por tal análisis Cemex se refiere a la estimación de elasticidades o regresiones econométricas. Al respecto, es necesario hacer notar que Cemex se refiere al test del monopolista hipotético del documento "Concentraciones. Apuntes para el análisis económico", que, como su nombre lo dice, es un documento aplicable a concentraciones y no necesariamente a prácticas relativas.

Al respecto, el documento "*Concentraciones. Apuntes para el análisis económico*", es citado por el perito de forma parcial argumentando la necesidad de usar metodologías econométricas en la definición del mercado relevante. Sin embargo, contrario a lo afirmado por el perito, el documento referido no considera que dicha metodología sea la más indicada en la mayoría de los casos. La Resolución en páginas 290 y 291 cita el referido documento: "...*la información respecto de los mercados relevantes no hay que basarla, en la gran mayoría de los casos, en la solución de modelos teóricos complejos y con la elaboración de estudios econométricos. Tal*

[227] Véase página 291 de la Resolución recurrida.
[228] Véanse páginas 93 a 121 de la Resolución recurrida, en dónde se hace un análisis exahustivo de los posibles sustitutos. En términos del artículo 12, fracción I de la LFCE.
[229] Véanse páginas 346 a 352 de la Resolución recurrida.

enfoque, además de costoso, tardado y sujeto a deficiencias conceptuales, no es frecuentemente el más indicado para efectuar el análisis que conduzca a una definición pertinente del mercado relevante (...) Lo que se puede hacer en la mayoría de los casos es 'leer' en los mismos mercados, en las manifestaciones y comportamientos de los agentes económicos, los elementos que sirvan para tal definición."[230]

Con esto, el mismo documento determina que es posible definir el mercado relevante de formas alternas a los métodos cuantitativos o al modelo del monopolista hipotético.

Cemex afirma que:

> *"...no hay evidencia internacional que evidencie que alguna autoridad de competencia haya utilizado para delimitar el mercado relevante solamente con la percepción de "identificando el fin o propósito de uso que dos usuarios asignan a los bienes" sin ningún análisis cuantitativo de por medio, por lo que de nueva cuenta la Comisión no probó con evidencia alguna un análisis de sustitución sin respaldo cuantitativo en la teoría económica."*

Ignora Cemex que la Comisión no solo analizó el fin o propósito de uso de los bienes, lo cual es necesario, tomando en consideración lo expuesto en la LFCE y su Reglamento para el caso de mérito, como ya se ha expuesto a lo largo de la presente. La CFC analizó también la sustitución por el lado de la oferta y los costos de transporte, así como la existencia de comercio entre naciones.

> **12.7.** En foja 292 de la Resolución recurrida, respecto al "Análisis de sustitución conforme a la Ley Federal de Competencia", contrario a lo que la Comisión resuelve, la no importación significativa de cemento no corresponde a barreras legales, ya que no las hay sino el tema es por la logística, almacenamiento, distribución y comercialización que se requiere para transportar el cemento, es decir, barreras naturales inherentes a la industria.

Su argumento es **infundado**, pues la Resolución presenta el análisis de las barreras legales a la importación en páginas 292 a 294, donde se muestra que existe una baja importación de cemento, a pesar de los importantes diferenciales y dispersión de precios como lo muestra el Cuadro diecisiete (17) que aparece en la página 218 del OPR.

Las dificultades en el proceso de importación y la defensa del mercado por parte de las cementeras constituyen un análisis completo con base en el contenido de la fracción III del artículo 12 de la LFCE.[231] De los elementos contenidos en el OPR se muestra que la obtención del padrón sectorial requiere la opinión de la CANACEM. Además, las dificultades en el proceso

[230] Páginas 290 y 291 de la Resolución.
[231] Véanse páginas 292 a 294 de la Resolución recurrida, así como páginas 230 a 233 del OPR.

de importación que se citan[232] (del único importador que comercializa el cemento gris sin ser productor, es Nacional de Materiales de la Construcción S. A. de C. V.), muestran que el retraso en tiempo y en la apertura de sacos se traduce en una mayor merma incurrida por el importador. Finalmente, dos de los tres importadores de cemento a nivel nacional, lo consumen, por lo que, en la comercialización del cemento gris, sólo un importador participa en la comercialización a través de importaciones.

12.7.1. En la foja 296 de la Resolución recurrida, sin fundamento, la Comisión señala que el perito de Cemex no responde a la pregunta, ya que en ningún momento se define cómo el costo del transporte incide para delimitarlo a una distancia determinada o de doscientos kilómetros para ser considerado como un mercado regional. Lo anterior es incorrecto, ya que la lógica de la industria lleva a la proliferación de plantas, explotando los conocimientos específicos de las demandas locales, los límites que marca la distancia, la importancia de ahorrar energía, la integración al concreto y productos elaborados y conocimientos acumulados en recursos humanos calificados. Asimismo, en algunas localidades se han concentrado más plantas que en otras, aunado a que existe un aprovechamiento de externalidades lo que da lugar a ventajas por aglomeración y el entrenamiento de la fuerza laboral.

Por su parte, la foja 296 de la Resolución recurrida causa agravio, ya que la Comisión no entiende que la ubicación de las plantas de cemento sigue el mismo criterio para una industrial, donde los costos de transporte tanto de insumos como de los productos finales son determinantes en definir su eficiencia, esto debido a que una planta de producción de cemento se debería localizar en un punto que su área de influencia definida por los costos de distribución del producto, contenga no sólo suficiente demanda, sino que permita minimizar sus costos de transporte y acceso a insumos. Sin embargo, el área de influencia puede variar de acuerdo a la flexibilidad de medios de transporte si la misma tiene acceso a vías de ferrocarril, puerto y caminos de buen estándar por lo que puede ampliar su área de influencia hasta donde sea eficiente el uso de los medios de transporte que usen éstas.

Asimismo, el transporte de cemento es excesivamente caro en relación con el precio del producto, además que la distancia máxima que se observa de una planta al centro de distribución tiene influencia directa no sólo en la fijación del precio, sino en la definición del área de influencia de la planta. Sin embargo, también depende de la demanda por unidad de superficie ya que una planta ubicada con una baja demanda por unidad de superficie va a tener un mayor radio de acción que una planta con la misma eficiencia y costos de transporte, ubicada en una región con mayor demanda por unidad de superficie. Es de esperarse que cuando se incorporan más plantas en regiones de alta demanda por unidad de superficie se reducen los radios de influencia de cada planta originados por eficiencias en costos de transporte, lo que obliga a una reducción en el precio es decir, menor costo de transporte.

[232] Véanse páginas 229, 231 y 275 del OPR.

Por lo anterior el mercado de cemento no puede considerarse nacional y la distancia es un componente crucial para definir el mercado.

El argumento es **infundado**, pues la recurrente confunde dos tipos de costo: los de transporte a largas distancias, y los de transporte y distribución regional o local. Los costos de transporte a grandes distancias tienen economías de escala sustancialmente mayores a los costos de distribución local o regional, ya sean asumidos por la cementera o el comprador. A grandes distancias el transporte se hace vía ferroviaria o marítima, lo que implica un costo menor, por lo que el cemento puede ser trasladado a distancias considerables. (Numeral 6.6.6.5 de la Resolución recurrida).[233]

Al respecto la Resolución recurrida encontró que, por ejemplo, Moctezuma distribuye cemento en casi todos los estados del país, aun cuando sólo cuenta con dos plantas productoras que se ubican en los estados de Morelos y San Luis Potosí, tal como Moctezuma lo señaló en su Reporte a la BMV, dos mil siete. El caso de Moctezuma significaría que el costo de transporte no limita la dimensión geográfica del mercado, ya que Moctezuma puede distribuir a distancias mayores y seguir siendo competitivo (numeral 2.1 del OPR).[234]

Además el hecho que CDM haya intentado la importación de Cemento es evidencia de que es rentable hacerlo a nivel internacional. El fallido intento de importación de CDM no se llevó a cabo debido a los contratiempos no arancelarios resultado de la conducta investigada, no por falta de rentabilidad. De la misma forma, en las páginas 16 y 207 del OPR, se menciona que una de las actividades de Cemex es la exportación de cemento, además de un caso de dumping que enfrentó esta empresa en Estados Unidos por sus exportaciones de cemento. (Numeral 7.2.4 de la Resolución).[235]

Si bien una empresa cementera puede encontrar óptimo el localizarse regionalmente, a causa de reducciones en costos de transporte y por estar cercana a los clientes e insumos para su fabricación, eso no significa que el cemento no se pueda transportar a mayores distancias si fuera necesario. A grandes distancias la industria del cemento tiene costos de transporte menores por kilómetro, particularmente en grandes cantidades y a largas distancias vía ferroviaria o marítima, de manera que la oferta de una región está disponible para otra región de ser necesario. Es decir, incrementos de precios por agentes en una región pueden ser disciplinados por el cemento traído de otra región en tiempos razonablemente cortos.

---

[233] Véanse páginas 249 y 250 de la Resolución recurrida.
[234] Véanse páginas 122 a 126 de la Resolución recurrida en dónde está transcrito el OPR.
[235] Véanse páginas 116 y 117 de la Resolución recurrida en dónde está transcrito el OPR y 254 también de la Resolución recurrida.

De esta forma, no es contradictorio con la Resolución el que la configuración de la producción y distribución del cemento tienda a ser regional, lo cual no significa que las regiones estén aisladas en términos de competencia. El hecho de que se comercialice el cemento gris a nivel nacional confirma esta dimensión del mercado relevante, pues si un agente económico ofrece el producto en todo el territorio nacional y puede transportarlo en grandes cantidades entre regiones, éste se constituye en un sustituto de oferentes locales u otros nacionales.

> **12.7.2** Así mismo, la CFC señala (ver página 297 último párrafo) "De nueva cuenta el perito tampoco explica por qué se debió utilizar el mismo criterio, cuando el OPR se dan los elementos por los cuales se arribó a la conclusión del por qué el mercado relevante era nacional".
>
> En ningún momento el perito argumentó tajantemente que la CFC debió aplicar el mismo criterio, lo que se exigió fue que se explicara porqué el cambio de criterio de definición de mercado y de productos si la acusación fue también en el contexto de las prácticas monopólicas relativas. Lo que causa agravio es que la Comisión imputa una conducta y defina el mercado relevante sin que la Comisión otorgue ni dé a conocer los elementos y análisis técnico cuantitativo para la delimitación del mercado relevante.
>
> En la experiencia internacional existe consistencia en los criterios básicos de análisis de competencia aplicados a una determinada industria o mercado cuando es revisada en más de una ocasión por concepto general ya sea por prácticas monopólicas relativas o absolutas. Como se mencionó con anterioridad, causa agravio que no haya consistencia en los criterios mínimos de entendimiento de cómo opera un mercado o una industria en específico, como en el caso del cemento. Claramente se percibe una inconsistencia en la percepción y criterios distintos entre dichos análisis, si bien pueden diferir, causa lesión a mi mandante que la Comisión no explique un cambio radical de marco analítico en la determinación del mercado relevante aunque se trate de prácticas monopólicas relativas.

El argumento es **inoperante**, pues por una parte la definición de mercado sí se realizó en el OPR y en la Resolución recurrida se valoraron todos y cada uno de los elementos de convicción y prueba que se tomaron en cuenta para definirlo, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 12 de la LFCE, lo que se puede observar de las páginas 328 a 346 donde se analiza y acredita la conducta y de las páginas 346 a 354 de la Resolución recurrida, donde se define el mercado relevante. Además, Cemex no presenta argumentos específicos que ataquen el análisis de la Resolución recurrida, limitándose a hacer afirmaciones genéricas y gratuitas.

Por otro lado, resulta incorrecto que la recurrente pretenda que la definición de un mercado se mantenga estática, ya que esta Comisión si realizó todo el estudio que prescribe el artículo 12 de la LFCE y determinó con base en la información con que se contaba en el expediente en el momento de definir el mercado relevante, concluyendo que el mercado era

nacional, pues precisamente porque en ese momento se dan esas circunstancias y no puede obligarse a esta Comisión a acreditar un hecho negativo, a saber: que el análisis de mercado realizado hace más de ocho años ya no aplica. Por el contrario, si Cemex, a través del perito, afirma que el mercado es regional, deben demostrarlo y no basarse en una resolución que ha sido superada por la Resolución recurrida, pues esta última está basada en información vigente para el periodo investigado.

> **12.8.** A foja 299 de la Resolución recurrida, la Comisión simplemente descalifica sin fundamento señalando que se contraen únicamente a realizar un análisis parcial de la posible influencia de dos insumos al precio del cemento. Lo cual resulta parcial pues no explica las diferencias en la determinación, ya que debió analizar si los precios de los energéticos cuentan con algún subsidio o si están regidos por el mercado internacional.

Este argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, debido a que la recurrente hace un argumento poco claro en cuanto a la redacción, por lo que no es posible determinar exactamente cuál es su agravio. En todo caso, no explica por qué la Comisión debió analizar si los precios de los energéticos cuentan con algún subsidio o si están regidos por el mercado internacional.

> **12.8.1** Respecto a las fojas 300, 301 y 302 relacionado con la argumentación expuesta en fojas 252, 253 y 254 en el tema de capacidad e ineficiencia causa agravio lo señalado por la Comisión, ya que no basta con enumerar la cantidad de plantas de cada agente económico para asumir que tenga mayor exceso de capacidad puesto que no analiza los costos ni tiempos que tomaría a mi mandante llevar a sus plantas una producción superior, ya que dicho tema fue debidamente explicado y se argumentó que Cemex ha desacumulado y la competencia ha acumulado.

Su argumento es **infundado**, ya que en la consideración de derecho "Décima" de la Resolución recurrida se demuestra que el agente denunciado cuenta con la mayor capacidad instalada en el mercado relevante y que es la empresa con mayor exceso de capacidad. Lo anterior no se basa en *"enumerar la cantidad de plantas de cada agente económico"*, sino en datos de capacidad y producción proporcionados por los agentes, entre otros. Los datos sobre capacidad se resumen en el cuadro 24 de la Resolución recurrida.[236]

Por lo anterior, no se logra demostrar que el denunciado no tenga la capacidad de disminuir o incrementar su producción sin necesidad de mayores inversiones y sólo incurriendo en los costos variables de dicha producción. Los costos y tiempos involucrados en expandir la producción son mucho menores a los necesarios para expandirla si se tuvieran que realizar nuevas inversiones.

[236] Véase página 141 y numeral 7.1.4 (visible a página 252) de la Resolución recurrida.

> **12.9.** En lo que refiere al análisis de la respuesta seis otorgada por el perito, fojas 303 y 304 de la resolución, la Comisión dice que el perito omite identificar por qué dicho indicador resulta válido para el caso en concreto, ya que éste sólo muestra la diferencia entre el consumo y la producción nacional; sin embargo, la respuesta a la pregunta consiste en que si mi mandante o cualquier agente económico en el mercado relevante del cemento portland gris ha restringido el abasto de dicho producto, la expresa y define la propia Comisión quien concluye en la página 128 del OPR que: (ii) la distribución de plantas en todo el país y las cadenas de distribución garantizan el abasto en todo el País.
>
> En el caso, la propia Comisión establece que el abasto de cemento está garantizado en todo el país, no existen restricciones, y no se comparte el razonamiento de la Comisión al sostener que no es válido el indicador expuesto por el perito ya que sólo se basa en información de la CANACEM sobre la producción de cemento y su consumo nacional, cuando esta fuente (información de la CANACEM) es válida, pues en ésta se recopila información de las empresas productoras de cemento.

El argumento es **infundado**, pues la recurrente asume equivocadamente que el hecho de restringir el abasto implica que existirá desabasto o escasez. La escasez definida como la existencia de compradores que están dispuestos a pagar el precio pero no pueden conseguir el producto, no es algo que se presente en mercados monopolizados como regla general. Un monopolista restringe el abasto por medio de precios excesivos que a su vez reducen la demanda de potenciales compradores. Es decir, el incremento de precios trae consigo la reducción del número de compradores o las cantidades que éstos están dispuestos a comprar. Por ello, el ejercicio del poder sustancial a través de prácticas anticompetitivas raramente se refleja en escasez en el sentido de desabasto o de compradores que están dispuestos a pagar el precio pero no pueden conseguir el producto. El ejercicio de poder sustancial de mercado se refleja más bien en precios excesivos y cantidades abastecidas menores a las que se darían en competencia.[237]

El indicador que propone el perito no es válido para demostrar lo que pretende, pues se trata meramente de la diferencia entre el consumo y la producción nacional, el cual siempre es igual a cero -salvo variaciones en el inventario o almacenamiento de los productores- sin importar si el mercado es competitivo o no. Es decir, aun en mercados no competitivos la cantidad producida debe ser igual a la cantidad comprada. De esta forma, el indicador propuesto no sirve al propósito declarado por el perito, pues arroja los mismos resultados -igual a cero- sin importar si el mercado está formado por un monopolio o es un mercado competitivo.

Por lo anterior, no es contradictorio el que la Resolución recurrida haya afirmado que "los sistemas de distribución existentes garantizan el abasto del producto en todo el país" con la hipótesis de existencia o ejercicio de poder sustancial de mercado

[237] Motta, Massimo, "*Competition Policy. Theory and Practice*", Cambridge University Press (2004). Capitulo 2, y Carlton Perlof, "*Modern Industrial Organization*" 2a edición, Harper Collins 1994, paginas 133 a 139.

Al respecto, en el numeral 7.1.4 de la Resolución recurrida se estableció que la interpretación de Cemex sobre el indicador propuesto por el perito es errónea, ya que a cualquier nivel de consumo la oferta no puede ser menor a esa demanda en particular; pues de ninguna forma se puede consumir más de lo que se produce. En el caso de un monopolio que maximiza sus utilidades restringiendo la cantidad de su producto, también veríamos que el consumo de su producto es igual a la oferta sin que de ningún modo eso implique que no se restringe el producto, como efectivamente lo hace un monopolista.

Al respecto, el ejercicio de poder sustancial de mercado da lugar a la restricción de la oferta pues el agente incrementa precios y necesariamente reduce la cantidad de equilibrio en el mercado. Sin embargo, **la restricción de la oferta no produce desabasto**, pues la oferta y la demanda se equilibran en un nuevo precio más alto y en una cantidad intercambiada más baja. Los consumidores reducen sus compras en virtud de los mayores precios, pero pueden comprar la cantidad de cemento que deseen si están dispuestos a pagar los precios prevalecientes.

De acuerdo a la ciencia económica, un equilibrio de mercado (sea competitivo, duopolio u oligopolio), donde las empresas tienen libertad tarifaria y para determinar cantidades, se caracteriza por la igualación de la oferta y la demanda, por lo que no puede existir exceso de demanda (desabasto). Es decir, aun en un mercado monopólico con esas características, la oferta y la demanda deben ser iguales y no puede existir desabasto. En caso de existir desabasto, los precios se incrementarían lo suficiente para que se reduzca la demanda y se restablezca el equilibrio. El exceso de demanda (desabasto) es necesariamente cero.[238]

Además, es de aclarar que el incremento de precios causa menores ventas pero también menor demanda, las cuales terminan equilibrándose. Por ello, un agente que ejerce poder sustancial de mercado no provoca falta de abasto, sino simplemente precios excesivos que equilibran oferta y demanda a un nivel más alto de precios y menor en cantidades comercializadas. La falta de abasto no sucede porque a los precios excesivos prevalecientes, cada consumidor desea comprar una menor cantidad de cemento. El problema con el abuso de poder de mercado es que los precios son excesivamente altos.

A mayor abundamiento, se retoman los argumentos plasmados en el apartado 11.11.2 y 12.9 de la presente resolución, los cuales se refieren precisamente al tema de desabasto.

12.10. En lo que refiere a la respuesta a la pregunta ocho, la Comisión efectúa una distinción entre competidores potenciales y competidores pero sin efectuar un análisis y explicación del por qué considera a unos agentes económicos potenciales (sic) y a otros simplemente competidores,

[238] Ver capítulo 17 de Andreu Mas-Colell, Michael Whinston, y Jerry Green, "*Microeconomic Theory*", Oxford University Press, 1995.

incurriendo con esto en una ausencia de la debida motivación, y señala que la conducta realizada recayó en un competidor potencial, como lo es CDM, no obstante lo anterior, esta última empresa no obtuvo la inscripción en el padrón sectorial de cemento por parte del SAT y en consecuencia se arrendó el buque silo *Mary Nour* a Materiales y Componentes Condor, Sociedad de Responsabilidad Limitada, esta empresa tiene por objeto social la compraventa, importación y exportación de automóviles y camiones nuevos o usados, llantas, partes mecánicas, eléctricas y electrónicas nuevas y usadas para todo tipo y clase de vehículos con motor, entre otros, y derivado de la incapacidad de CDM de obtener el permiso de importación por parte de la Administración de Sectores Específicos del SAT, es quien obtuvo el arrendamiento del buque silo *Mary Nour*, es decir, es quien ejercería el proceso de importación del producto contenido en dicho buque, y no CDM como lo sostiene equivocadamente la Comisión.

Su argumento resulta **infundado**, ya que en primer lugar la pregunta respectiva es la siete ubicada en el inciso g.,[239] y no la ocho, como lo refiere la recurrente, y en segundo lugar, el término competidor potencial es de uso común en política de competencia y no es necesario que esta Comisión lo defina. Un competidor potencial es un competidor que no está en el mercado, pero que puede entrar en cualquier momento, por lo que ejerce disciplina de precios en los competidores actuales aun sin entrar el mismo. Así, se puede concluir que, el término "competidor", denota competidores actuales o potenciales, salvo que se especifique uno de los dos.

En este sentido, es irrelevante el hecho de si obtuvo o no su inscripción al padrón sectorial del cemento por parte del SAT, pues como se mencionó, no se requiere entrar al mercado para poder ser considerado como un factor disciplinador de precios.

Sirve de apoyo por analogía el siguiente criterio jurisprudencial del PJF:

> ***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".*** *Si bien es cierto que el citado artículo no define qué debe entenderse por "agentes económicos" ni precisa las características que deben reunir, sino que sólo enuncia quiénes podrían considerarse con tal carácter, también lo es que ello no lo torna violatorio de la garantía de seguridad jurídica tutelada por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que todo precepto normativo debe interpretarse armónicamente y no de manera aislada, pues al pertenecer a un sistema jurídico, necesariamente ha de vincularse a él para que su contenido adquiera sentido y precisión. Además, la Ley Fundamental no establece que sea un requisito indispensable que el legislador ordinario señale en cada ordenamiento legal un catálogo que defina los vocablos o locuciones utilizados ya que, por un lado,* ***las leyes no son diccionarios*** *y, por el otro, el sentido atribuible a cada una de las palabras empleadas en las normas depende de su interpretación conforme, según el sistema al que pertenezcan. Así, a través de la interpretación integral y sistémica de la Ley Federal de Competencia Económica, se deduce que los agentes económicos a que se refiere su artículo 3o. son las personas o entidades que*

[239] Véanse páginas 303 y 304 de la Resolución recurrida.

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 concurrencia.[240]

12.11 Y por último a foja 304 de la Resolución recurrida dice la Comisión que del peritaje no se logra acreditar los extremos que pretende mi mandante en el ofrecimiento de su prueba, pues no aporta información tendiente a desvirtuar las determinaciones de la Comisión en cuanto a la capacidad unilateral de fijar precios, lo cual es absurdo, pues si nos remitimos a la foja 128 de la Resolución recurrida, y que refiere a una transcripción del OPR, advertiremos que la Comisión señaló que en el mercado los precios son similares en todo México, luego si son similares por qué afirma que mi mandante tiene la capacidad de fijar unilateralmente los precios, cuando éstos son similares en todo México y como se expuso a lo largo del presente recurso de reconsideración, mi mandante desvirtuó que tenga poder sustancial en el mercado y que se restrinja el abasto del producto.

Su argumento es **infundado**, puesto que la recurrente hace una referencia fuera de contexto. La afirmación que le atribuye a la Comisión según la cual "los precios son similares en todo México", no se refiere a que son similares los precios del cemento entre empresas cementeras, sino que existen pocas diferencias regionales en precios promedio del cemento. La Comisión delimitó la dimensión geográfica del mercado de la comercialización de cemento gris al mayoreo como nacional. Esta conclusión se sustenta entre otros en que los precios entre entidades federativas son similares. No necesariamente implica que los precios entre compañías son similares.

Décimo quinta.- La recurrente establece en su **agravio décimo segundo** que la Comisión se ha equivocado al valorizar en forma aislada el dictamen del peritaje en ingeniería realizado dentro de su agravio décimo segundo, ya que la Comisión resolvió lo siguiente:

13.1 Pregunta 1. La respuesta del perito carece de sustento pues no indica cuál es la capacidad de cada una de las plantas frente al nivel de producción.

Pregunta 2. La respuesta se basa en comentarios sin sustento pues no acredita que las plantas sean obsoletas y que su producción total de cada una en efecto sea menos 5.5% del 100%.
Pregunta 3, 4 y 5. Señala que las respuestas del perito no merecen ningún comentario ya que son meramente informativas.

Por lo anterior, Cemex argumenta respecto a la pregunta uno, que el perito trató de demostrar la capacidad anual de producción de cemento gris que se utiliza en cada una de sus plantas, lo cual

[240] Registro No. 168978. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008 Página: 155. Tesis: 1a./J. 70/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa.

fue objeto de la prueba pericial y no era fundamental haber realizado el peritaje respecto a la capacidad de cada una de las plantas frente al nivel de producción, es decir, basta con que mencione que llevó a cabo los análisis de acuerdo a la ciencia o técnica necesarios. Por otro lado, respecto a la pregunta 2, la recurrente señala que el perito describe condiciones en las que la capacidad de producción nominal difiere de la efectiva, lo cual es común, ya que existen razones económicas de eficiencia para que algunas plantas subsistan en niveles de producción por debajo de la capacidad nominal[241]. Asimismo, respecto de las restantes preguntas, el perito dio argumentos acerca de cualquier tipo de operación que son necesarios para llevar a cada planta a producir anualmente el 100% de su capacidad instalada nominal de cemento gris; aunado a lo anterior, es erróneo considerar que la capacidad de Cemex seguiría siendo alta respecto a la de sus competidores por lo que su poder de mercado no disminuiría significativamente, ya que la Comisión no analizó los costos ni los tiempos para llevar las plantas obsoletas a una producción superior a los niveles actuales, por lo que no implica que éstas en forma inmediata puedan iniciar la producción en una línea u horno de una planta cementera o incrementar su volumen de producción.

La recurrente hace una serie de afirmaciones sin expresar agravios específicos, excepto en la última parte, cuanto afirma que la Comisión no analizó costos ni tiempos para llevar plantas obsoletas a una producción superior a los niveles actuales, por lo que respecto a dichos puntos sus argumentos resultan **inoperantes por no justificar la trasgresión**.

El último argumento resulta **infundado**, ya que si bien es correcto afirmar que las plantas antiguas u obsoletas tienden a tener mayores costos variables de producción que las plantas más recientes y que por lo anterior, dada una cantidad global a producir la empresa optimiza sus costos manteniendo esas plantas en situación de baja producción, mientras privilegia la producción a niveles cercanos a cien por ciento (100%) de las plantas más modernas, también lo es que eso no implica que la capacidad de expandir la producción no exista, pues la producción se puede expandir con mayor facilidad que la que implica la construcción de nuevas plantas.

Expandir la producción a partir de las plantas existentes, aun las plantas antiguas, es viable en el corto plazo cuando estas no están funcionando al cien por ciento (100%) de su capacidad. Esto es posible solo pagando los costos variables por unidad de dichas plantas, sin incurrir en los costos fijos, hundidos o irrecuperables que representan dichas plantas de producción. Por ello, para expandir la producción no es indispensable hacerlo a partir de nuevas inversiones, sino solo pagar el costo variable de producción de las plantas existentes.[242] Por lo anterior, no se logra demostrar

[241] Se hace destacar que el razonamiento a dicha pregunta es el mismo razonamiento que la propia Comisión efectuó para declarar la misma respuesta que otorgó el mismo perito en la resolución definitiva del expediente DE-032-2006 según foja 384. Con ello se demuestra la contradicción de criterio en que incurrió la Comisión.

[242] Brealey R. Myers S. Marcus A. "*Fundamentals of Corporate Finance*" 3rd edition. Mcgraw-Hill 2001, página 382; y Mankiw G. "*Principles of Economics*" Third edition. South-Western/Thomson, 2003. Páginas: 298 y 299.

que el denunciado no tenga la capacidad de disminuir o incrementar su producción sin necesidad de mayores inversiones y sólo incurriendo en los costos variables de dicha producción.

> **13.2** El hecho de que tenga un mayor número de plantas no se traduce en que sea más eficiente y ostente una capacidad instalada mayor que le permita ejercer un poder de mercado, además de que Cemex no ha invertido en nuevas plantas porque su historia ha sido a través de las adquisiciones y fusiones.
>
> Asimismo, si la Comisión estimara la eficiencia técnica de las plantas cementeras del país, encontraría precisamente lo que sostenemos que Cemex no es más eficiente técnicamente en promedio que sus competidores, por lo que no podría ejercer poder de mercado sobre ellos. Para ello describe un tipo de metodología internacionalmente aceptado para el análisis de producción. Concluye que la mayor parte de las plantas de Cemex están ubicadas en el grupo de plantas de menor valor de activos por unidad de capacidad instalada, lo cual denota que Cemex tiene tecnología más anticuada y por ende, menor eficiencia técnica.
>
> Por otro lado, establece que es infundado e inmotivado que la Comisión sostenga la existencia de altas barreras a la entrada de nuevos competidores, por lo que tiene poder de mercado fundando su razonamiento en todos los trámites legales que cualquier agente económico tiene que cumplir (modificaciones a la licencia ambiental, antecedentes de impacto ambiental, autorización de impacto, cambio de uso de suelo en terrenos forestales, etc.), sin corroborar su dicho con medio de convicción alguno resultando en una manifestación de apreciación.

En la primera parte, la recurrente hace una serie de afirmaciones sin expresar agravios específicos. La Resolución no afirma que Cemex sea más eficiente. La Resolución documenta que efectivamente Cemex tiene una capacidad instalada mayor.

En cuanto a su argumento de la eficiencia técnica, es **inoperante por novedoso**, pues por una parte no lo planteó en su contestación al OPR y por otra Cemex es el que debió acreditar que sus competidores son en promedio técnicamente más eficientes, pues precisamente esta CFC considera lo contrario y no solo señalarlo, por lo que su argumento además de novedoso es **gratuito**.

La Resolución analizó las barreras a la entrada en la sección "2. *Análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE.*", lo cual incluye los elementos que constituyen barreras a la entrada, además de los trámites y permisos. Por su parte, en la Resolución recurrida se acreditó este punto haciendo la valoración de todos y cada uno de los elementos que podrían constituir barreras a la entrada como se muestra a continuación:[243]

[243] Véanse páginas 355 a 358 de la Resolución recurrida.

"*El **análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso a) costos financieros y acceso al financiamiento)**, se basó en la respuesta al requerimiento de información a diversa empresas productoras de cemento,*[244] *las cuales tienen valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203 y 204 del CFPC, lo cual acredita que:*

(i) *Una planta con capacidad de producir 2.5 millones de toneladas, tendría que realizar una inversión de ciento cincuenta (150) millones de dólares; mientras que una planta con capacidad de producir 1 millón de toneladas requiere una inversión aproximada de entre ciento treinta (130) y ciento ochenta (180) millones de dólares, o hasta trescientos (300) millones de dólares, dependiendo de la tecnología seleccionada;*

(ii) *Los entrantes potenciales deben invertir, además, en instalaciones para el almacenamiento del producto que satisfagan las disposiciones en materia aduanera y fiscal para acreditar que cuentan con infraestructura necesaria para el manejo o tratamiento de las mercancías importadas.*[245] *El cumplimiento de este requerimiento puede aumentar el monto de inversión por tonelada en el que debe incurrir un potencial entrante al mercado relevante;*

(iii) *Las principales inversiones para desarrollar los canales de comercialización al mayoreo identificadas por los actuales participantes del mercado relevante son las siguientes:*[246]

- *Instalaciones y equipo para el almacenamiento del producto hasta su entrega al comprador.*
- *Sistemas de administración y gestión de las ventas.*
- *Instalaciones y equipo para el manejo y entrega del producto*[247] *directamente en la(s) planta(s) de producción; o bien, en bodegas o centros de distribución al mayoreo. Ambas instalaciones deben ser adecuadas para el manejo de las distintas presentaciones del producto relevante.*
- *En caso necesario, sistemas de transporte para ampliar la cobertura de entrega a partir de la planta.*
- *En su caso, sistemas de financiamiento para los compradores. Es una práctica común a todos los participantes actuales del mercado relevante otorgar líneas de crédito a sus clientes y descuentos por volumen.*
- *Desarrollo de fuerza de ventas y servicios al cliente, quienes deben proporcionar información y asesoría al cliente para atender sus necesidades de compra y conservar la lealtad de los clientes.*
- *Los compradores demandan diversas presentaciones y tipos del producto relevante, por lo que obtienen ventajas de ampliar las economías de alcance].*

(iv) *Que en cuanto al sistema de entrega del cemento en plantas, el área de influencia de los competidores para la comercialización de cemento al mayoreo se circunscribe a las plantas productivas existentes.*

---

[244] *Fojas 12, 522, 530, 899 a 907, 1535, 4383, 4384, 5018, 5019, 5945, 5951, 5952, 6367, 6368, 6684, 6685, 6801 a 6803, 6808, 6812, 8214 y 8482. Asimismo, véase información proporcionada por CEMEX, visible en foja 5019; Moctezuma, foja 6367; GCC, foja 6812; Lafarge, fojas 61399 y 6172; CYCNA, foja 8218; y CRUZ AZUL, foja 6686.*
[245] *Fojas 0899 a 907 y 8482 del expediente.*
[246] *Fojas 5018, 5019, 4383, 5951, 6367, 6685 y 8214.*
[247] *El equipo incluye camiones, tráileres, remolques, montacargas y tarimas.*

*El **análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso b) recuperación y rentabilidad de la inversión)**, se basó en la respuesta al requerimiento de información a diversa empresas productoras de cemento,[248] las cuales tienen valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203 y 204 del CFPC, y acreditan que la incursión de nuevos participantes en el mercado relevante en forma verticalmente integrada con la etapa de producción requiera de altos costos de producción e incertidumbre sobre la viabilidad del proyecto (i.e. la recuperación de las inversiones).*

*El **análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso c) autorizaciones y derechos necesarios para participar en el mercado relevante)**, se basó en el marco regulatorio existente y aplicable a las importaciones del cemento,[249] la Norma Mexicana NMX-C-414-ONNCCE-2004 y normas relacionadas,[250] las cuales no son objeto de prueba por ser ordenamientos legales y acreditan que cumplimiento de las Normas Mexicanas así como de las Normas Oficiales Mexicanas aplicables al cemento gris Portland constituye una medida normativa que puede retrasar la entrada de nuevos participantes en el mercado relevante por el tiempo que puede tomar la verificación y emisión de la autorización, pero no constituyen barreras significativas a la entrada.*

*El **análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso d) publicidad y marcas)**, se basó en el marco regulatorio existente y aplicable a la Ley de Propiedad Industrial, la cual no es objeto de prueba por ser un ordenamiento legal, los Reportes Anuales de Cemex y Apasco,[251] los cuales tienen valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203, 207, 208 y 210-A del CFPC y respuesta a*

---

[248] *Fojas 6367, 6687, 6688, 6689, 6763, 6812, 8216 a 8219, .Cemex en foja (página 35), Apasco en fojas 4383 y 4384 y Lafarge en foja 5952 no señalaron periodos específicos de recuperación.*

[249] *Artículos 54, fracción IV, y 59 de la Ley Aduanera; 37 y 72, fracciones I, II, III y IV, del Reglamento de la Ley Aduanera; y Regla 2.2.1 de las Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior vigentes en dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco. Artículos 18, 18-A (en su caso), 19 y 27 del Código Fiscal de la Federación, y 60 y 67 de la Ley General de Población. artículo 59 fracción IV de la Ley Aduanera; artículos del 72 y 77 al 79 del Reglamento de la Ley Aduanera; Reglas 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.8, de las Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior para 2003, 2004 y 2005; artículos 18, 18-A (en su caso) y 19 del Código Fiscal de la Federación y 67 de la Ley General de Población; y artículo 19 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.*

[250] *NMX-C-059-ONNCCE Industria de la construcción - Determinación del tiempo de fraguado de cementantes hidráulicos (método Vicat); NMX-C-061-ONNCCE Industria de la construcción - Cementos - Determinación de la resistencia a la compresión de cementantes hidráulicos; NMX-C-062-ONNCCE Industria de la construcción - Método de prueba para determinar la sanidad de cementantes hidráulicos; NMX-C-131 Determinación del análisis químico de cementos hidráulicos; NMX-C-151-ONNCCE Industria de la construcción - Cementantes hidráulicos - Determinación del calor de hidratación; NMX-C-180-ONNCCE Industria de la construcción - Cementos hidráulicos - Determinación de la reactividad potencial de los agregados con los álcalis de cementantes hidráulicos por medio de barras de mortero; NMX-C-185-ONNCCE Industria de la construcción - Cementos - Morteros de cemento Portland - Determinación de la expansión potencial debido a la acción de los sulfatos; NMX-C-273-ONNCCE Industria de la construcción - Cemento - Determinación de la actividad hidráulica de las adiciones con cemento Portland Ordinario; NMX-C-418-ONNCCE Industria de la construcción - Cemento - Cambio de longitud de morteros con cemento hidráulico expuesto a una solución de sulfato de sodio; NOM-002-SCFI Productos preenvasados - Contenido neto, tolerancias y métodos de verificación; NOM-030-SCFI Información comercial - Declaración de cantidad en la etiqueta – Especificaciones; y NOM-050-SCFI Información comercial - Disposiciones generales para productos.*

[251] *Páginas 28 y 29. Reporte a la BMV, dos mil seis. CEMEX y http://www.bmv.com.mx/*

requerimientos de información de diversas empresas productoras de cemento,[252] *las cuales tienen valor probatorio de conformidad con los artículos 79, 93, fracción III, 133, 197, 203 y 204 del CFPC y acreditan que el valor de las marcas de los agentes económicos que ya participan en el mercado y el monto de las inversiones en publicidad asociadas constituyen indicios de la existencia de barreras económicas a la entrada de nuevos participantes. Los interesados en participar deben realizar inversiones significativas para adquirir los derechos de uso de marcas que ya cuenten con reputación, probablemente en el ámbito internacional; o bien, crear, registrar y posicionar una marca para su producto en el mercado relevante, donde los competidores establecidos ya han posicionado sus marcas y han creado reputación de sus productos entre los consumidores.*

El ***análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso e) y f) mercados internacionales y prácticas comunes de los agentes económicos),*** *se basó en el numeral 2 incisos a) a d) anteriores y tienen el mismo valor dado en dichos numerales, por lo que deberá estarse a la valoración ahí dada.*

El ***análisis en términos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE y su correlacionado artículo 11 del RLFCE (numeral 2 / inciso g) actos de autoridad que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos),*** *no se encontraron elementos de que en el mercado relevante o en los relacionados de producción y distribución de cemento gris Portland se otorguen estímulos, subsidios o apoyos a los oferentes o consumidores."*

Con relación a lo anterior debe señalarse además que el perito de Cemex abordó el tema y estimó que había barreras a la entrada, por lo que corroboró lo dicho por esta CFC:[253]

"Posteriormente, el perito describe los trámites necesarios para la aprobación de un incremento de la capacidad de producción de una planta de cemento. En algunos de ellos proporciona costos del trámite, días y aspectos legales. Lo anterior corresponde a los incisos a)-c) anteriores. Los trámites que analiza son:

- *Modificaciones a la licencia ambiental única*
- *Información técnica general*
- *Antecedentes de impacto ambiental*
- *Operación y funcionamiento*
- *Contaminación atmosférica*
- *Servicios hidráulicos*
- *Generación y manejo de residuos peligrosos*
- *Autorización de impacto ambiental*
- *Cambio de uso de suelo en terrenos forestales*
- *Autorización para explotación de minerales no reservados a la federación*

La respuesta del perito hace referencia a la existencia de altas barreras a la entrada y corrobora el que Cemex tenga poder de mercado y esté protegido de la entrada de nuevos competidores."

---

[252] *información proporcionada por Apasco, foja 4386; CEMEX, foja 5020; LAFARGE, foja 6236; Moctezuma, fojas 6368; Cruz Azul, fojas 6688 y 6689; y GCC, fojas 6813. CYCNA no invierte en publicidad, dado que vende la totalidad de su producción a Cruz Azul, foja 8220.*

[253] Véase página 278 de la Resolución recurrida.

Décimo sexta.- Dentro del **agravio décimo tercero** la recurrente se agravia respecto al tema de daños y perjuicios, de conformidad con lo resuelto a fojas 187, 188, 189 y 190 de la Resolución que se impugna, cuando la Comisión resolvió como inoperantes e infundados sus argumentos vertidos en la contestación del OPR, por lo siguiente:

> **12.3.** Que la Comisión no rindió respuesta a la petición de responder lo alegado en su escrito de contestación, respecto a que los daños y perjuicios se ocasionaron por la propia intención de los denunciantes sin ser atribuibles a ningún tercero por virtud de los desistimientos materializados por voluntad de los denunciantes. Cemex continúa con su agravio argumentando que si dentro del procedimiento seguido en forma de juicio no se encuentran debidamente acreditados los daños y perjuicios, ni los gastos, pues los denunciantes no acreditaron con prueba pericial o elemento de convicción alguno que acredite los mismos, ni se hizo imputación alguna a Cemex en relación a los gastos, no existió razón legal alguna para que la Comisión resolviera que los afectados de la práctica monopólica pueden solicitar en la vía incidental la estimación de los daños y perjuicios.

El argumento es **inoperante por reiterativo,** toda vez que ya se dio respuesta a lo formulado por la recurrente dentro de la Resolución recurrida, sin señalar qué transgresión le causa lo señalado en el OPR y al no combatir todas las consideraciones en torno a los gastos en que incurrieron las denunciantes hacen imposible analizar su argumento. Por lo anterior y a fin de evidenciar que ya se dio respuesta en la resolución se señaló:[254]

> *Los argumentos son **inoperantes**, ya que no se desprende cuál es la transgresión que le causa, ni señala mínimamente cuál es la afectación que sufre por lo alegado en el OPR. En este sentido, en el OPR se hace una relación de los gastos en que incurrieron las denunciantes, pero Cemex se limita a señalar que la perdida de los mismos son responsabilidad de las denunciantes, cuando en el OPR también se señala que con el fin de evitar más gastos se vieron en la necesidad de desistirse de los medios legales, pero además los gastos habían derivado de los hechos previos realizados por Cemex,[255] como se indica en las consideraciones de derecho Octava y Novena de esta resolución. Así las cosas, Cemex al no señalar qué transgresión le causa lo señalado en el OPR y al no combatir todas las consideraciones en torno a los gastos en que incurrieron la denunciantes hacen imposible analizar su argumento.*
>
> (...)
>
> *El argumento es **infundado**, ya que pese a que no se encuentran debidamente acreditados, es de señalarse que en el OPR no se hizo imputación alguna de los gastos en que incurrieron las denunciadas, sino simplemente se hizo una relatoría de lo manifestado por las denunciantes (en esa consideración quinta únicamente se expusieron los hechos que expusieron los denunciantes, pero su análisis de los hechos y de la acreditación de la práctica se hizo en la consideración sexta del OPR).*

---

[254] Véanse páginas 188 a 191 de la Resolución recurrida.

[255] *En la página 49 del OPR se indicó que el seis de enero de dos mil cinco, MCC interpuso recurso de revocación contra la resolución del PAMA número 29/2004. Sin embargo, el costo de manutención de la embarcación resultó muy elevado, por lo que MCC se vio en la necesidad de: "(i) desistirse del recurso de revocación interpuesto contra el PAMA; (ii) desistirse del amparo no. 765/2004; y (iii) de pagar el valor comercial de la mercancía embargada (el cemento), así como todos los créditos fiscales, con sus respectivos accesorios, determinados en el PAMA"*

En este sentido, lo señalado en el OPR no le depara ningún perjuicio y por ello resulta inatendible su argumento.
Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que una vez que la resolución haya causado estado, de conformidad con el artículo 48 del RLFCE, los afectados o perjudicados por la práctica monopólica podrán solicitar vía incidental la estimación de daños y perjuicios ante el PJF, para lo cual los solicitantes deberán acreditarlos en esa instancia.

Por otro lado, el hecho de que la CFC mencionara la posibilidad de que los denunciantes puedan ejercer las acciones legales que sean necesarias para reclamar daños y perjuicios en nada afecta a Cemex, pues lo único que hace la Comisión es reconocer la existencia de dicha vía.

12.4. La Comisión se excede en su estudio al señalar que los afectados de la práctica monopólica pueden solicitar en la vía incidental la estimación de los daños y perjuicios ante el PJF, y termina su argumento diciendo que los solicitantes deberán acreditarlos en esa instancia, infringiendo con ello el citado dispositivo legal, ya que la facultad de instar la acción judicial ante el PJF sólo le faculta al afectado que haya demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, y como lo reconoce la propia Comisión, ni se le imputó daño y perjuicio a Cemex en el procedimiento administrativo y estos daños y perjuicios no se encuentran debidamente acreditados en el Procedimiento Administrativo seguido en forma Juicio.

Lo anterior deviene **infundado** ya que la recurrente mal interpreta lo argumentado por la Comisión en la Resolución recurrida que se objeta con respecto a los daños y perjuicios, ya que en efecto, derivado de una interpretación sistemática de los artículos 38 de la LFCE y 48 del RLFCE el que resulte afectado y que haya demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica y una vez que la resolución de la Comisión haya causado estado están facultados los afectados para deducir su acción por la vía judicial para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Distinto ello a lo que la Comisión resuelve, ya que los daños y perjuicios señalados se refieren a la relatoría incluida en el OPR que hicieron valer las denunciantes sobre los gastos y deudas en que incurrieron,[256] lo cual no depara en ningún daño ni perjuicio para Cemex al no haberse establecido una imputación por dicha relatoría en su contra, tal como se señaló en la resolución que se impugna. Sin perjuicio de lo anterior el daño causado sí se establece en la Resolución recurrida:[257]

"9.2 El daño causado
La conducta de Cemex tiene consecuencias que afectan gravemente el proceso competitivo y de libre concurrencia, lo cual restringe el funcionamiento eficiente del mercado relevante afectado y perjudica sobre todo a los consumidores.
El daño causado no se circunscribe a una simple cuantificación de perjuicios y daños, sino a los efectos económicos derivados de la conducta, sean éstos o no apreciables en dinero.

[256] Fojas 49 a 51 del OPR.
[257] Véanse páginas 374 a 376 de la Resolución recurrida.

Asimismo, el daño causado es uno de los elementos que se requieren, conforme a la LFCE, para individualizar la multa, ya que constituye un parámetro que permite a esta autoridad conocer el tamaño de la lesión jurídica, para así estar en una mejor posibilidad de determinar la sanción más adecuada para el caso concreto. De ahí la necesidad de hacer una estimación del daño causado con base en la mejor información disponible para esta Comisión.

Como se dijo antes, la entrada de un nuevo competidor en mercados donde existe un número limitado de proveedores provoca normalmente un descenso en los precios, lo cual genera un beneficio social importante para los consumidores, además de los beneficios derivados de una mayor variedad de productos y la posibilidad de incentivar una oferta más atractiva en calidad y cobertura.

Una estimación conservadora del beneficio social para el consumidor derivado de la posible reducción de precios ocasionada por la entrada de un nuevo competidor es como sigue:

Partiendo de que: i) las ventas del mercado afectado alcanzarían los $48,557,596,291.47 (CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS 47/100 MN), de acuerdo con lo que se expone en el apartado 9.5 de esta resolución, ii) la participación de Cemex en el mercado fue de 54.4% para dos mil cuatro[258] y iii) la práctica tuvo una duración de nueve meses (es decir, 0.75 años)[259], tendríamos que las ventas de Cemex durante el periodo de actualización de la práctica fueron de $19,811,499,286.92 (DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS ONCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS 92/100 MN);[260] dicha cantidad representa las ventas afectadas por la práctica.

Tomando en cuenta ahora que la cantidad del bien relevante que dejó de ingresar al mercado como consecuencia de la práctica equivale al 0.51% (cero punto cincuenta y uno por ciento) del mercado total,[261] y que, por tratarse de un producto esencial y sin posibilidades de sustitución para la industria de la construcción, la variación porcentual en la cantidad demandada por parte de los consumidores ante variaciones en el precio del cemento es relativamente baja,[262] el impacto de esa mayor oferta en el mercado (aumento de 0.51%) tendría un impacto en precios por ese mismo porcentaje (reducción de 0.51%).[263] Sin embargo, en beneficio del gobernado y, dado que no se cuenta con una estimación precisa de la elasticidad de demanda del cemento en el mercado mexicano, la estimación del impacto en precios derivada de la mayor oferta que no pudo entrar al mercado se hace bajo un supuesto aún más conservador, esto es, que dicho impacto es de sólo la mitad (reducción de 0.255%).[264 y 265]

En virtud de lo anterior, el daño causado sería el equivalente al porcentaje de reducción de precios que dejó de ocurrir al impedir la entrada de un nuevo competidor (porcentaje que se puede considerar como un sobreprecio derivado de la práctica) respecto de las ventas afectadas, pues esto equivale a

---

[258] *Véase apartado 9.4 de esta resolución.*

[259] *0.75 equivale a la proporción que representan nueve meses con respecto a un año y resulta de dividir los nueve meses entre los doce meses que contiene un año calendario. (0.75 = 9 / 12)*

[260] *Esta cantidad se obtiene de multiplicar las ventas por el factor de duración de la práctica y la participación en el mercado (expresada como factor). ($19,811,499,286.92 = $48,557,596,291.47 * 0.544 * 0.75).*

[261] *Lo anterior se obtiene al dividir la cantidad de producto que no ingresó entre el tamaño del mercado. (0.51% = 166,219.00 / 32,538,759.69)*

[262] *En la jerga del lenguaje económico se diría que la elasticidad de demanda es inelástica, esto es, que su valor numérico es igual o inferior a -1 (uno negativo)*

[263] *En lenguaje económico, ello implica que la elasticidad de demanda tiene un valor de -1 (uno negativo), es decir, un incremento porcentual en precios de 1% está asociado a una reducción en la cantidad demandada de 1%.*

[264] *Lo cual implica que el supuesto utilizado de elasticidad de demanda es de -2 (dos negativo), esto es, que un incremento porcentual de precios de 1% está asociado a una reducción en la cantidad demandada de 2%.*

[265] *Dicho sobreprecio se obtiene al dividir el porcentaje equivalente a la variación que se hubiera presentado en la cantidad del bien relevante en el mercado entre el valor de la elasticidad de la demanda. (-0.255416926742108% = 0.510833853484217% / -2).*

las ventas indebidamente obtenidas por el agente infractor. En consecuencia, el daño causado alcanzaría los $50,601,922.62 (CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS PESOS 62/100 MN).[266]
Dicha cantidad constituye una transferencia de recursos en perjuicio de los consumidores que se vieron obligados a pagar un precio superior al que, en ausencia de la práctica, hubiera prevalecido.
Si bien la evaluación de las consecuencias de la práctica requiere necesariamente la estimación de un escenario hipotético, pues no existe manera de conocer las modificaciones reales que sufriría el precio del cemento con el ingreso de un nuevo competidor, se insiste en que la estimación se hace bajo un escenario conservador, en beneficio del gobernado. De hecho, es probable que el verdadero daño causado por la práctica haya sido mucho mayor, debido a que al observar las acciones llevadas a cabo por Cemex para impedir la entrada de los denunciantes al mercado de cemento en territorio nacional, se desalienta a otros posibles interesados que quisieran participar en este mercado. De haber existido una mayor oferta, es probable que las modificaciones al precio del producto relevante hubieran podido ser considerablemente mayores, beneficiando con ello sobre todo a los consumidores de dicho producto."

Décima sexta.- En su agravio **décimo cuarto** le causa agravio lo resuelto por la Comisión en el punto 9.1, páginas 370, 371, 372, 373 y 374 de la resolución que se Impugna cuando analiza el tema referente a la gravedad de la infracción, por lo siguiente:

14.1. Cemex establece que ninguno de los argumentos vertidos dentro del apartado 9.1 "Gravedad de la infracción[267]" motiva el calificativo de grave o de "altamente grave", ya que si no hubo faltantes de cemento en el territorio no hay un efecto en el abastecimiento y no hay prueba alguna de cuánto de ese cemento iría a la construcción de vivienda siendo que la práctica se refiere a operaciones al mayoreo.

El argumento es **<u>infundado</u>**, pues en primer lugar se debe advertir que, al no existir medio alguno para determinar la gravedad, queda al arbitrio de esta Comisión determinar cuándo una conducta es grave y en qué grado lo es, tal como se había establecido en la Resolución que se objeta; por lo tanto, dicha gravedad debe identificarse con la importancia del bien o servicio, es decir, con las características propias del mismo y no así a la afectación del mercado o el detrimento que sufrió el mercado como podría serlo el abastecimiento o desabasto que pueda sufrir éste, ya que tales cuestiones se analizan y definen dentro del daño causado.

Dicho lo anterior, se señala que la recurrente confunde la gravedad de la infracción con el daño causado al mercado, estableciendo que no hubo faltantes de cemento en el territorio por lo que no existió un efecto en el abastecimiento. Sin embargo, lo anteriormente descrito y argumentado por la recurrente no es compatible con la figura de gravedad, la cual como ya se dijo, debe determinarse en función de las características propias del bien o servicio que se trate, tal cual

[266] *$50,601,922.62 = $19,811,499,286.92 * 0.255416926742108%.*
[267] Fojas 370, 371, 372, 373 y 374 de la Resolución.

fueron determinadas en el OPR, derivado de la información que esta Comisión recabó a lo largo de la investigación así como la información proporcionada por la propia recurrente:[268]

> "*La Industria Mexicana del Cemento*
> *De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, la construcción total en México creció 6.9% en 2006 comparado con 2005. El incremento en la construcción total en México en 2005 se debió principalmente al incremento en los sectores comercial e industrial, así como el de infraestructura, mientras que el mercado de ventas a menudeo (auto–construcción) creció 3.7%.*
> *En México, el cemento se vende principalmente a través de distribuidores, y el resto se vende a través de productores de concreto premezclado, fabricantes de productos de concreto y contratistas de la construcción. El cemento que se vende a través de distribuidores es mezclado con agregados y agua por el consumidor final en el sitio de la obra para formar el concreto. Los productores de concreto premezclado combinan los ingredientes en las plantas y lo surten a las obras locales a través de revolvedoras que vacían el concreto premezclado. A diferencia de lo que sucede en las economías más desarrolladas, donde las compras de cemento se concentran en los sectores industrial y comercial, en México, las ventas de cemento al menudeo a través de distribuidores representaron aproximadamente el 66% de la demanda del mercado en 2006. Las personas que compran sacos de cemento para sus propias viviendas y otras construcciones básicas, representan un componente significativo del sector de ventas al menudeo. Estimamos que el 45% de la demanda total en México proviene de personas que se encargan de sus propias necesidades de construcción. Consideramos que esta gran base de ventas al menudeo es un factor que contribuye significativamente al desempeño general del mercado mexicano del cemento.*
> (...)
> *El uso del cemento como insumo para la construcción tiene especial relevancia en nuestro país. Los materiales para construcción representan el cincuenta y dos punto uno por ciento (52.1%) del gasto de las empresas de la construcción con base en información de los Censos Económicos dos mil cuatro.*
> *A su vez, el cemento gris y los productos elaborados con éste son los de mayor relevancia en la industria manufacturera, considerando las clases de actividad económica enfocadas a la construcción.*
> (...)
> *Como lo muestra la Encuesta Industrial Anual 2003-2005 y Encuesta Industrial Anual 2005-2006, el cemento gris y sus derivados[269] representan más del noventa por ciento (90%) del valor agregado del sector manufacturero asociado con la construcción.*
> *El uso más importante del cemento es la construcción residencial, que a su vez es la actividad más importante del sector construcción.[270] De acuerdo a los Censos Económicos de dos mil cuatro, la producción bruta de la Edificación Residencial fue de treinta y uno punto nueve por ciento (31.9%) de la producción bruta del sector construcción, mientras que la participación de la Edificación no Residencial fue de veinte punto uno por ciento (20.1%). De acuerdo a los datos de la Cámara Mexicana de la Industria de Construcción, la vivienda representó el cuarenta y cinco punto ocho por*

[268] Véanse páginas 98 a 121 de la Resolución recurrida.

[269] *Encuesta Industrial Anual 2003-2005 y Encuesta Industrial Anual 2005-2006. Clases de Actividad Económica 327310, 327320, 327330 y 32739.*

[270] *El Sector Construcción, de acuerdo al Sistema de Cuentas Nacionales de México (Cuenta de Bienes y Servicios 2003-2006. Base dos mil tres), tuvo una participación del seis punto setenta y siete por ciento (6.77%) en el valor agregado total.*

ciento (45.8%) y el cuarenta y cuatro punto siete por ciento (44.7%) del valor de la producción de la construcción en dos mil tres y dos mil cuatro, respectivamente.[271]

(...)

La importancia que tiene la vivienda en el uso del cemento, también se refleja en la alta participación que tiene este uso en el desglose del consumo de cemento con base en información de Cemex. De acuerdo a los Informes Anuales de Cemex y GCC de dos mil tres a dos mil cinco, los principales motores de la demanda de cemento durante esos años fueron la construcción de vivienda y la infraestructura. De hecho, en los Informes Anuales de Corporación Moctezuma de dos mil tres a dos mil cinco se menciona que la actividad más dinámica de la industria de la construcción fue la vivienda, sobre todo la de interés social y de nivel medio.

(...)

En suma, los participantes de la industria coinciden en que el cemento gris tiene diversos usos de acuerdo con sus características. Asimismo, dichos agentes concuerdan en que los usos principales del cemento gris se relacionan con la construcción, y el primer uso que mencionan es la vivienda. Por lo que dada la gran importancia de la construcción y en particular de la vivienda en el uso del cemento, a continuación se analizan sus principales sustitutos: la madera, el acero y el plástico; haciendo especial énfasis al sector residencial.[272]

Sin embargo, es importante destacar que la posible sustitución que las empresas señalan, se encuentra asociada al tipo de construcción que se le dé al cemento o sus productos derivados. Así, no se identificaron productos que fueran sustitutos del cemento independientemente de su uso final.

(...)

La relación entre los precios de materiales para la construcción, enero de dos mil cuatro a septiembre de dos mil ocho se puede afirmar que no existe una correlación significativa entre las variaciones de los precios del cemento y los productos de yeso, madera, alambre y metálicos en el periodo de enero de dos mil cuatro a abril de dos mil ocho, representativo del periodo de la investigación; y tampoco en un periodo más amplio de enero del dos mil cuatro a septiembre de dos mil ocho. En ambos periodos, los precios de todos los materiales para la construcción distintos del cemento registraron incrementos en sus precios; sin embargo, esas no ocurrieron de manera sistemática con las variaciones del precio del cemento.

(...)

Lo anterior indica poca posibilidad de sustitución, dado que los precios de los productos no se comportan de manera paralela o similar. En este caso, las variaciones de los productos de yeso, metálicos, de alambre y la madera han sido claramente distintas de las sufridas por el cemento, lo que representa un indicio de la poca sustitución entre estos productos.

(...)

De esta forma, después de analizar cada uno de los productos listados por las empresas participantes de la industria como posibles sustitutos del cemento, se concluye que no existe una sustitución por el lado de la demanda con ninguno de ellos. Aunado a esto, después de analizar el proceso de producción, no se identifican productos sustitutos por el lado de la oferta."

Dicho lo anterior y dadas las características del cemento en México, se llegó a la conclusión que dicho bien representa el insumo fundamental para la construcción principalmente la vivienda y que no cuenta con sustitutos dada la poca variación en los precios frente a otros insumos. Lo

[271] *Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción (CMIC), dos mil seis. Situación de la Industria de la Construcción dos mil seis.*

[272] *De acuerdo a la CANACEM, aparte del concreto, el acero y la madera son los otros dos materiales preferidos en la construcción. Foja 0829 del expediente.*

anterior motiva el calificativo de "grave", dotando elementos y causas suficientes para considerar que la conducta es especialmente grave por todas las argumentaciones anteriormente señaladas, lo cual originó un impacto significativo sobre la economía familiar, tal y como se advierte de lo siguiente:[273]

> *"En dicha tesitura, se puede concluir que* ***la conducta es altamente grave*** *porque:*
>
> *i. Dañó el proceso de competencia en el mercado de cemento, el cual constituye uno de los insumos más importantes para la industria de construcción en general y especialmente para la construcción de vivienda, lo cual tiene un impacto significativo sobre la economía familiar.*
>
> *ii. Impidió que los consumidores tuvieran acceso a un nuevo oferente en este mercado y la posibilidad de adquirir cemento a precios más bajos.*
>
> *iii. Impidió que el Puerto de Tampico obtuviera mayores recursos de las operaciones portuarias relativas al buque-silo Mary Nour.*
>
> *iv. Significó una presión indebida sobre la APITAM para dañar el proceso de competencia en el mercado relevante, lo cual muestra además la intención dolosa por parte del infractor."*

14.2. Asimismo, ningún argumento de los expuestos motiva el calificativo de grave ni de "altamente grave" que usa la Comisión, más aún, ella misma en el texto de su resolución dice que hay cemento en todo el territorio y que no hay faltantes, en consecuencia, no hay efecto en el abastecimiento, y si la práctica se refiere a operaciones de mayoreo, no hay prueba alguna de cuánto de ese cemento iría a la construcción de vivienda y, finalmente, el señalar que queda a su arbitrio no quiere decir arbitrario, por lo tanto, es violatoria del artículo 22 constitucional.

El hecho de que el dinero "se pudo" usar para mejorar el producto, es evidente que es una mera posiblidad no es determinante de una gravedad.

El argumento es **inoperante** por no combatir la Resolución que se impugna con argumentos lógico jurídicos, ya que derivado de un análisis pormenorizado y especializado a lo largo de la Resolución se concluyó que: "*... la conducta realizada por Cemex implica un despliegue de recursos, incluyendo la presión a otros agentes económicos y diversos litigios, que pudieron ser destinados a otros fines, como el mejoramiento del producto. Asimismo... Cemex no alegó que existan ganancias en eficiencia que justificaran la realización de la conducta. Por el contrario, tal conducta impidió la entrada a un nuevo competidor al mercado y con ello impidió que los consumidores pudieran adquirir cemento de este nuevo proveedor. La entrada de nuevos competidores en mercados donde existe un número limitado de proveedores, como es el caso que nos ocupa, provoca normalmente un descenso en los precios, lo cual genera un beneficio social importante para los consumidores... Además, impidió que el Puerto de Tampico adquiriera a un cliente potencial, que le dejaría ingresos mayores a los que obtenía con sus clientes actuales...*

[273] Véanse páginas 373 y 374 de la Resolución recurrida.

aunado a que *los beneficios que la APITAM obtendría de las operaciones del buque-silo Mary Nour habrían tenido una importancia relativa mayor que las operaciones de todos los demás usuarios que utilizan otras terminales privadas*".[274]

La última parte de su argumento resulta ambigua, pues la gravedad de la conducta no se basó solamente en que el despligue de conductas se pudo utilizar para mejorar el producto, sino por todo lo anteriormente manifestado en el párrafo anterior. Además, basta con observar la conclusión transcrita en la respuesta al argumento anterior para darse cuenta de que la gravedad obedece en esencia a los cuatro puntos ahí descritos.[275]

Por otro lado, Cemex señala que en el texto de la resolución se dice que hay cemento en todo el territorio y que no hay faltantes, el argumento es **inoperante por no atacar la Resolución,** pues resulta falso que esta Comisión haya señalado que "*hay cemento en todo el territorio y que no hay faltantes*" y, en todo caso, la recurrente es omisa en señalar en dónde de las 381 (trescientas ochenta y un) páginas de la Resolución recurrida se hace tal referencia, lo que hace imposible abodar su argumento. En lo tocante al apartado de la gravedad, en ninguna parte de dicho apartado se habla de que hay cemento en todo el territorio y que no hay faltantes y en consecuencia su argumento es **inoperante**. En cuanto a que si la práctica se refiere a operaciones de mayoreo, no hay prueba alguna de cuánto de ese cemento iría a la construcción de vivienda, resulta igualmente **inoperante** el argumento, pues no resulta necesario saber cuanto del cemento iría directamente a la vivienda, para determinar que la conducta es grave, pues como se dijo en la Resolución recurrida "*La conducta resulta especialmente grave cuando se considera que el cemento constituye uno de los materiales esenciales para la construcción de vivienda, así como para la industria de la construcción en general. En efecto, el producto relevante constituye un insumo de gran importancia en la industria de la construcción, debido a sus características, mismo que, como se indicó en el OPR, no cuenta con sustitutos*",[276] por lo que, al no existir sustitutos, cualquier desabasto resulta grave, con independencia de si este es mucho o es poco y, en ese orden de ideas, resulta irrelevante cuánto cemento se destinaría para la vivienda.

Décima séptima.- La recurrente en su **agravio décimo quinto** establece que lo resuelto por esta Comisión respecto al tema de daño causado le causa agravio por las siguientes razones:

> **15.1.** La existencia de una serie de inconsistencias dentro de las argumentaciones y análisis que hace esta Comisión, dentro del apartado al daño causado, puesto que los datos que utilizó para el cálculo van más allá del año dos mil cuatro, no especifica cuándo estaría disponible el cemento importado representado por el 0.51% (cero punto cincuenta y uno por ciento); el porcentaje respecto a lo contenido en el barco es inconsistente ya que el mismo contenía 26,219 (veintiséis mil doscientas diecinueve) toneladas y al hacer la referencia en la supuesta afectación al Puerto se

[274] Fojas 371,372, 373 y 374 de la Resolución.
[275] Véanse páginas 373 y 374 de la Resolución recurrida.
[276] Véanse páginas 372 y 373 de la Resolución recurrida.

habló de 166,000 (ciento sesenta y seis mil) toneladas[277]; sostuvo erróneamente la autoridad que los precios serían impactados en el mismo porcentaje de 0.51% (cero punto cincuenta y uno por ciento). Sin embargo, el impacto en precios está en función de la elasticidad de la demanda, la cual no puede ser igual a la del volumen importado pues se parte de cantidades distintas y depende de la oferta disponible. Por lo que se desacredita el razonamiento de la Comisión expuesto en la foja 254 de la Resolución recurrida, violando de nueva cuenta por falta de fundamentación y motivación los artículos 14 y 16 constitucionales.

Su argumento es **infundado,** debido a que no existe una inconsistencia en las cantidades de cemento transportadas. La nota [1] del cuadro seis (6) de la Resolución recurrida explica el significado de las veintiséis mil doscientas diecinueve y ciento sesenta y seis mil toneladas. La nota se transcribe aquí:

[1] Los datos de embarcaciones corresponden a la primera entrada del buque-silo Mary Nour prevista para el mes de julio de dos mil cuatro, más los buques que habrían ingresado una vez al mes para alimentarlo en el periodo agosto-diciembre de dos mil cuatro. Los datos de toneladas movilizadas corresponden a las veintiséis mil doscientas diecinueve (26,219) toneladas que transportaría el buque-silo en su entrada al puerto más de veintiocho mil (28,000) toneladas mensuales que transportarían los barcos alimentadores durante los meses de agosto-diciembre de dos mil cuatro.

De la misma forma, la Resolución recurrida explica en numeral 9.2[278] que la cantidad del bien relevante que dejó de ingresar al mercado como consecuencia de la práctica equivale al 0.51% (cero punto cincuenta y uno por ciento) del mercado total, que se obtiene al dividir la cantidad de producto que no ingresó entre el tamaño del mercado. (0.51% = 166,219.00/32,538,759.69), lo cual se explica en el pie de página 661 que reza: "*Lo anterior se obtiene al dividir la cantidad de producto que no ingresó entre el tamaño del mercado. (0.51% = 166,219.00 / 32,538,759.69).*"

Décima octava.- En su **agravio décimo sexto** la recurrente señala que la resolución que se impugna no está debidamente fundada ni motivada por la ilegalidad de la multa que se señala en su perjuicio por la cantidad de $10,179,000.00 (DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS 00/100 M.N.), correspondiente al tope máximo contemplado en el artículo 35, fracción V, de la LFCE, equivalente a doscientas veinticinco (225) mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por las siguientes razones que expone:

16.1 Cemex no ha incurrido en la práctica monopólica que se le imputa.

El argumento es **inoperante**, ya que no señala cómo es que no cometió la conducta o, lo que es lo mismo, presupone que no la cometió; sin embargo, tal aseveración por sí sola no logra

[277] Véase página 372 de la Resolución recurrida.
[278] Véanse páginas 374 a 376 de la Resolución recurrida.

controvertir la Resolución recurrida. Sus anteriores agravios tampoco lo logran desvirtuar, por lo que tal suposición resulta inoperante.

16.2 La Comisión no consideró los elementos enlistados en el artículo 36 de la LFCE por lo que deviene en injusta y excesiva, violando con ello los artículos 16 y 22 constitucionales.

El argumento es **infundado**, pues sí se tomaron en consideración cada uno de los elementos que prevé el artículo 36 de la LFCE como se observa a continuación:[279]

"9.- Elementos para imponer la multa (artículo 36 de la LFCE)

El artículo 36 de la LFCE señala que "La Comisión, en la imposición de multas, deberá considerar 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 y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica."

Así las cosas, para determinar el monto de la multa mencionada, se debe atender a la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas, las cuales, si bien son un crédito fiscal y, por tanto, están sujetas a su mismo régimen constitucional, el principio de proporcionalidad encuentra connotaciones diversas para cada tipo de obligación. Al respecto, deben tomarse en consideración los siguientes elementos:[280]

---

[279] Véanse páginas 367 a 370 de la Resolución recurrida.

[280] *En este sentido, encontramos los siguientes criterios: "**RECARGOS Y SANCIONES. SU PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD NO DEPENDEN DE QUE GUARDEN UNA RELACIÓN CUANTITATIVA CON LAS CONTRIBUCIONES OMITIDAS.** El artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación determina que **los recargos y las sanciones**, entre otros conceptos, **son accesorios de las contribuciones y participan de su naturaleza, lo que los sujeta a los requisitos establecidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución** General de la República, como son los de proporcionalidad y equidad, principios estos que, tratándose de los recargos y las sanciones, **no pueden interpretarse como una relación cuantitativa entre lo principal y lo accesorio, de lo que se siga que su monto no pueda exceder de una determinada cantidad**, en virtud de que lo accesorio de los recargos y sanciones no reconoce tal limitación porque tienen sus propios fundamentos. Los recargos son accesorios de las contribuciones dado que surgen como consecuencia de la falta de pago oportuno de ellas, esto es, para que se origine la obligación de cubrir recargo al fisco es imprescindible la existencia de una contribución que no haya sido pagada en la fecha establecida por la ley; de ahí que, si no se causa la contribución no puede incurrirse en mora, ni pueden originarse los recargos, ya que éstos tienen por objeto indemnizar al fisco por la falta de pago oportuno de contribuciones, mientras que **las sanciones son producto de infracciones fiscales que deben ser impuestas en función a diversos factores, entre los que descuellan como elementos subjetivos, la naturaleza de la infracción y su gravedad**. Desde esa óptica, el monto de los recargos y, por consiguiente, su proporcionalidad y equidad, dependerán de las cantidades que durante la mora deje de percibir el fisco, mientras que **el monto de las sanciones dependerá de las cantidades que por concepto de pago de contribuciones haya omitido el obligado**. Así, aquellos requisitos constitucionales referidos a los recargos, se cumplen, tratándose de la ley que los previene, cuando ésta ordena tomar en consideración elementos esencialmente iguales a los que corresponden para la determinación de intereses, como son la cantidad adeudada, el lapso de la mora y los tipos de interés manejados o determinados durante ese tiempo. En cambio, **la equidad y la proporcionalidad de las sanciones, sólo pueden apreciarse atendiendo a la naturaleza de la infracción de las obligaciones tributarias impuestas por la ley, así como a la gravedad de dicha violación y a otros elementos subjetivos, siendo obvio que su finalidad no es indemnizatoria por la mora, como en los recargos, sino fundamentalmente disuasiva o ejemplar**". Tesis aislada P. C/98, con registro 194,943 de la novena época, emitida por el Pleno de la SCJN en el amparo en revisión 2353/96, publicada en el SJF y su Gaceta VIII, Diciembre de 1998 a página 256; "**RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 81, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 13 DE MARZO DE 2002 EN EL ÁMBITO FEDERAL, VIOLA EL PRINCIPIO DE***

[i] Las sanciones tienen características que las distinguen del resto de las obligaciones fiscales, atendiendo su finalidad disuasiva y ejemplar;
[ii] Para determinar una sanción conforme al principio de proporcionalidad, ésta debe atender a criterios objetivos y subjetivos, por lo que sólo en atención a ellos es procedente individualizarla;
[iii] Las sanciones administrativas deben ser consideradas en su cuantía; en principio, atendiendo a los elementos objetivos que se desprendan, como el monto de la obligación fiscal no pagada, el beneficio obtenido indebidamente o los daños y perjuicios generados con la infracción;
[iv] Los elementos subjetivos deberán ser considerados para individualizar la sanción de que se trate, atenuándola o agravándola según su grado de actualización, conforme al criterio de la autoridad;
[v] En todo caso, no puede atenderse a uno solo de los elementos que integran la evaluación de la sanción, sino que deben ser objeto del prudente arbitrio de la autoridad, con la finalidad de determinar la gradación de la sanción. Esto último constituirá la individualización de la sanción.

En el caso específico, el artículo 36 de la LFCE contiene elementos objetivos y subjetivos que adecúan o determinan el monto de la sanción.[281]

PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. *Conforme al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sanciones aplicables a los servidores públicos que por actos u omisiones incurran en alguna responsabilidad administrativa consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, las cuales deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados. Así, el citado precepto consagra* ***el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones al establecer una variedad de éstas para que la autoridad sancionadora, tomando en consideración la responsabilidad, circunstancias del servidor público y sus antecedentes, entre otros aspectos, imponga la sanción correspondiente, es decir, señala que deben tomarse en cuenta diversas circunstancias a efecto de su individualización****. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 81, último párrafo, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos vigente hasta el 13 de marzo de 2002 en el ámbito federal, al establecer que para el caso de omisión, sin causa justificada, en la presentación de la declaración de situación patrimonial dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del encargo, se inhabilitará al infractor por 1 año,* ***viola el indicado principio, ya que constriñe a la autoridad administrativa a imponer siempre la misma sanción****, sin importar la gravedad de la responsabilidad en que se incurrió, las circunstancias socioeconómicas del servidor público, su nivel jerárquico y antigüedad, las condiciones exteriores, medios de ejecución y reincidencia, es decir, a todos los servidores públicos se les aplicará invariable e inflexiblemente la sanción especificada,* ***lo cual impide el ejercicio de la facultad prudente del arbitrio para individualizar y cuantificar la temporalidad de la inhabilitación****". Tesis aislada 2a. XX/2009 con registro número 167,635 de la Novena Época, emitida por la Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 1222/2008, publicada en el SJF y su Gaceta XXIX, Marzo de 2009 a página 477, y "****MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE.*** *De la acepción gramatical del vocablo "excesivo", así como de las interpretaciones dadas por la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para definir el concepto de multa excesiva, contenido en el artículo 22 constitucional, se pueden obtener los siguientes elementos: a) Una multa es excesiva cuando* ***es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación a la gravedad del ilícito****; b) Cuando se propasa, va más adelante de lo lícito y lo razonable; y c) Una multa puede ser excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Por lo tanto,* ***para que una multa no sea contraria al texto constitucional, debe establecerse en la ley que la autoridad facultada para imponerla, tenga posibilidad, en cada caso, de determinar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia, en su caso, de éste en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor, para así determinar individualizadamente la multa que corresponda****". Jurisprudencia 9/95 con registro número 200,347 de la Novena Época emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en el SJF y su Gaceta II, Julio de 1995 a página 5.*

[281] *Al respecto, resulta aplicable por analogía la tesis I.4o.A.604 A del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, misma que señala: "****RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PARA QUE SE CONSIDERE DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA, LA AUTORIDAD DEBE PONDERAR TANTO LOS ELEMENTOS OBJETIVOS COMO LOS SUBJETIVOS DEL CASO CONCRETO****. Tanto los principios como las técnicas garantistas desarrolladas por el derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, en virtud de que ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado. Así,* ***al aplicarse sanciones administrativas deben considerarse los elementos previstos por el derecho penal para la individualización de la pena, que señalan al juzgador su obligación de ponderar tanto aspectos objetivos (circunstancias de ejecución y gravedad del hecho***

En este sentido, los elementos objetivos de la sanción, lo constituyen la gravedad de la conducta, el daño causado, el tamaño del mercado afectado y la duración de la práctica. Mientras que la intencionalidad, la participación en el mercado y la capacidad económica son elementos subjetivos. La capacidad económica constituye el elemento subjetivo principal para atender al criterio tradicional de proporcionalidad.[282]

Atendiendo a lo anterior, la multa que se imponga en el presente apartado para la emplazada, debe atender a la magnitud en que la infracción colme los criterios contenidos en el artículo 36 de la LFCE, por lo que su graduación debe darse en la misma proporción a los rangos previstos en la LFCE para las multas, cantidad que se determinará utilizando como parámetro de referencia el daño causado al individualizar las multas. Luego, el monto derivado de la individualización de las sanciones deberá resultar razonable, en atención a la capacidad económica.

9.1 Gravedad de la infracción[283]
(…)
9.2 El daño causado[284]
(…)
9.3 Indicios de intencionalidad[285]
(…)
9.4 Participación del infractor en el mercado[286]
(…)
9.5 Tamaño del mercado afectado[287]
(…)

---

ilícito) como subjetivos (condiciones personales del agente, peligrosidad, móviles, atenuantes, agravantes, etcétera), pues de lo contrario, la falta de razones suficientes impedirá al servidor público sancionado conocer los criterios fundamentales de la decisión, aunque le permita cuestionarla, lo que trascenderá en una indebida motivación en el aspecto material. *En ese contexto, para que una sanción administrativa se considere debidamente fundada y motivada, no basta que la autoridad cite el precepto que la obliga a tomar en cuenta determinados aspectos, sino que esa valoración debe justificar realmente la sanción impuesta, es decir, para obtener realmente el grado de responsabilidad del servidor público en forma acorde y congruente, aquélla debe ponderar todos los elementos objetivos (circunstancias en que la conducta se ejecutó) y subjetivos (antecedentes y condiciones particulares del servidor público y las atenuantes que pudieran favorecerlo), conforme al caso concreto, cuidando que no sea el resultado de un enunciado literal o dogmático de lo que la ley ordena, y así la sanción sea pertinente, justa, proporcional y no excesiva. En ese tenor, aun cuando la autoridad cuente con arbitrio para imponer sanciones, éste no es irrestricto, pues debe fundar y motivar con suficiencia el porqué de su determinación". Registro 170605. Novena Época. SJF y su Gaceta, XXVI, Diciembre de 2007. Página: 1812. Revisión fiscal 98/2007. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública. 8 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez.*

[282] *La doctrina considera que para la individualización de una sanción se debe atender tanto a las características de la infracción como a las particularidades del infractor: "Si la sanción es consecuencia de la conducta ilícita, tiene en ésta un primer punto de referencia, al que se agregan las consideraciones concernientes a su autor. En cuanto a la primera cuestión, la proporcionalidad indica que el diseño de la sanción debe permitir su adecuación a la conducta ilícita, su gravedad y los daños causados. En cuanto a la segunda, deben tomarse en cuenta las características personales del infractor." (Roldán Xopa, José. Derecho administrativo. Oxford University Press. México, 2008. Pp. 420)*

[283] Véase página 370 de la Resolución recurrida.

[284] Véase página 374 de la Resolución recurrida.

[285] Véase página 376 de la Resolución recurrida.

[286] Véase página 376 de la Resolución recurrida.

[287] Véase página 376 de la Resolución recurrida.

9.6 Duración de la práctica[288]
(...)
9.7 Reincidencia o Antecedentes del infractor[289]
(...)
9.9 Capacidad económica de la emplazada[290]
(...)
9.10 Monto de la Multa[291]
(...)"

De lo anterior se observa claramente que se analizaron todos los elementos que prevé el artículo 36 de la LFCE, sin que sea necesario transcribir todo el apartado de la imposición de la multa, pues cada uno de los apartados está referenciado con un pie de página.

> **16.3** Respecto a la gravedad de la conducta, la Comisión no define con base en qué elementos acreditó la realización de la conducta, qué bien jurídico lesionó, en qué medida en su opinión se dañó el proceso de competencia en el mercado de cemento, o se impidió a los consumidores el acceso a un cemento a precios más bajos, no hace una comparativa de precios ni de la calidad del supuesto cemento al que no accedieron los consumidores.

El argumento es **inoperante** porque la recurrente se limita hacer una crítica de que es lo que se debió de analizar, pero no explica el por qué debió de analizarse y cómo es que de haberse analizado hubiera cambiado la gravedad de la infracción.

Además, la recurrente confunde el daño con la gravedad, cuestiones que son distintas, tal y como ya se explicó en la consideración de derecho décima séptima de la presente resolución.

> **16.4** Subjetivamente afirmó la Comisión que se impidió al Puerto de Tampico recibir recursos del buque-silo *Mary Nour* sin explicar la manera en que tal conducta se llevó a cabo, ni cómo se ejerció presión sobre la APITAM, sin acreditar el dolo de la misma.

El argumento es **infundado**, ya que la resolución no tiene por qué repetir y repetir en cada uno de los apartados cómo se impidió y cómo se ejerció presión, pues en el apartado de acreditación de la práctica se describe tal situación (consideración Octava).[292] Respecto del dolo, este elemento se traduce en la intencionalidad que se aborda como elemento de la imposición de la multa.[293]

---

[288] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[289] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[290] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[291] Véase página 378 de la Resolución recurrida.
[292] Véanse páginas 325 a 364 de la Resolución recurrida.
[293] Véase página 373 de la Resolución recurrida.

16.5 Asimismo, la autoridad no estableció el vínculo entre la supuesta conducta realizada, el bien jurídicamente tutelado por la ley y el grado específico de lesión al mismo para ubicar a Cemex dentro del parámetro de la multa y simplemente se fijó la mayor.

El argumento es **<u>infundado</u>**, pues en el apartado 9.10 de la Resolución recurrida, tomando en consideración los anteriores 9 (nueve) elementos: **9.1 Gravedad de la infracción[294]; 9.2 El daño causado[295]; 9.3 Indicios de intencionalidad[296]; 9.4 Participación del infractor en el mercado[297]; 9.5 Tamaño del mercado afectado[298]; 9.6 Duración de la práctica[299]; 9.7 Reincidencia o Antecedentes del infractor[300] y 9.9 Capacidad económica de la emplazada[301]** y, se señaló, lo siguiente:[302]

"9.10 Monto de la Multa

El artículo 35, fracción V establece:

"Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica relativa y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 10 de esta ley;"

Esta fracción contempla un tope máximo de hasta el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal vigente durante la comisión de la práctica, el cual asciende a $10,179,000.00 (DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS 00/100 M.N.).[303]

Tomando en consideración que la conducta es altamente grave; que el daño estimado provocado por la práctica, bajo un escenario conservador, es considerablemente mayor que la multa más alta que podría imponerse; que la intencionalidad es manifiesta y abierta por los actos llevados a cabo por Cemex; que la participación de Cemex en el mercado es elevada y mayor a la del resto de los competidores considerados en conjunto; y que la capacidad económica de Cemex es mucho mayor a la multa máxima que se le puede imponer, se procede a determinar la sanción que corresponde a Cemex por la cantidad de $10,179,000.00 (DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS 00/100 M.N.).

---

[294] Véase página 370 de la Resolución recurrida.
[295] Véase página 374 de la Resolución recurrida.
[296] Véase página 376 de la Resolución recurrida.
[297] Véase página 376 de la Resolución recurrida.
[298] Véase página 376 de la Resolución recurrida.
[299] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[300] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[301] Véase página 377 de la Resolución recurrida.
[302] Véase página 378 de la Resolución recurrida.
[303] *El salario mínimo para el dos mil cuatro es de $45.24 de conformidad con la resolución emitida por la Comisión Nacional de Salario Mínimos, publica en el DOF el 23 de diciembre de 2003. En este sentido, la Segunda Sala de la SCJN resolvió el treinta y uno de agosto de dos mil once por unanimidad de cinco votos el amparo en revisión 554/2011, en el cual se señaló que "la intención del Legislador quedó plasmada en el sentido de que el salario conforme al que deben imponerse las multas es el vigente en el momento de la comisión de la infracción" página 135.*

Dicho monto se considera adecuado, considerando que el infractor ha colmado todos y cada uno de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE, salvo la reincidencia o antecedentes. Aunado a lo anterior, la estimación más conservadora de los daños generados al proceso de competencia y libre concurrencia arroja daños por $50,601,922.62 (CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS PESOS 62/100 MN), cantidad que es 4.9 (cuatro punto nueve) veces el máximo posible como multa.

Dados los altos perjuicios de la conducta, mismos que superan por mucho el máximo previsto, se considera adecuado el monto de la multa, ello sin atender otros atributos que también son deseables para el interés público en la imposición de las multas, como serían el efecto disuasivo que éstas deben mantener y la consideración conjunta de las múltiples agravantes de la conducta.[304]

Asimismo, el monto derivado de la individualización de la sanción resulta lícito y razonable, pues atiende al elemento de capacidad económica. En este caso, el monto de la multa es más que razonable en proporción a la capacidad económica del infractor, pues sólo representa el 0.00006% de sus ingresos o 0.00002% de sus activos totales.

Esta Comisión considera adecuado y pertinente el método utilizado para individualizar la sanción, en virtud de que cualquier otro haría nugatorias las facultades de la misma al no ser de carácter disuasivo, habida cuenta de que el daño provocado es mucho mayor a la multa impuesta."

De lo anterior se observa que se consideraron 9 (nueve) elementos para determinar que debía imponerse el máximo permitido por la LFCE, por lo que resulta infundado el argumento expuesto por la recurrente.

16.6. En cuanto a la determinación del daño, no estableció la autoridad en qué consistió y únicamente formuló argumentos vagos e imprecisos, señalando la realización de una "estimación conservadora" sin establecer cómo llega a la misma así como los argumentos que lleven a concluir el daño a la industria cementera ni a los denunciantes.

El argumento es **inoperante por manifestaciones genéricas**, dado que no explica por qué lo dicho es vago e impreciso o por qué lo señalado en la resolución es incorrecto; es decir, no controvierte la Resolución recurrida en el apartado de daño. Al respecto, el apartado de la imposición de la multa (consideración Novena de la Resolución recurrida) debe leerse y analizarse en todo su contexto y no de manera aislada; es decir, deben analizarse los diez (10)

---

[304] *En función de las circunstancias de cada caso, esta Comisión normalmente considera pertinente establecer multas que al menos dupliquen el monto estimado como daño causado a efecto de brindar un efecto disuasivo a las multas en materia de competencia ya que, de lo contrario, los agentes económicos tendrían altos incentivos a incurrir en este tipo de prácticas, pues los beneficios económicos y expectativas derivados de las mismas superarían por mucho al monto punible por parte del Estado. Asimismo, considerando las agravantes presentadas en este caso, se tendría, al menos, que multiplicar por una y media veces el monto resultante de duplicar el daño causado. Lo anterior arrojaría una multa equivalente a $151,805,767.86 (CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS 86/100 MN). ($151,805,767.86 = $50,601,922.62 * 2 * 1.5) No obstante, dicho monto supera el máximo permitido por la LFCE, por lo que, en beneficio del gobernado, la multa se acorta a la máxima posible.*

elementos considerados en dicho apartado. Sin perjuicio de ello, en el apartado de daño sí se explica cómo se llega a esa conclusión, como se muestra a continuación:[305]

"***9.2 El daño causado***

La conducta de Cemex tiene consecuencias que afectan gravemente el proceso competitivo y de libre concurrencia, lo cual restringe el funcionamiento eficiente del mercado relevante afectado y perjudica sobre todo a los consumidores.

El daño causado no se circunscribe a una simple cuantificación de perjuicios y daños, sino a los efectos económicos derivados de la conducta, sean éstos o no apreciables en dinero.

Asimismo, el daño causado es uno de los elementos que se requieren, conforme a la LFCE, para individualizar la multa, ya que constituye un parámetro que permite a esta autoridad conocer el tamaño de la lesión jurídica, para así estar en una mejor posibilidad de determinar la sanción más adecuada para el caso concreto. De ahí la necesidad de hacer una estimación del daño causado con base en la mejor información disponible para esta Comisión.

Como se dijo antes, la entrada de un nuevo competidor en mercados donde existe un número limitado de proveedores provoca normalmente un descenso en los precios, lo cual genera un beneficio social importante para los consumidores, además de los beneficios derivados de una mayor variedad de productos y la posibilidad de incentivar una oferta más atractiva en calidad y cobertura.

Una estimación conservadora del beneficio social para el consumidor derivado de la posible reducción de precios ocasionada por la entrada de un nuevo competidor es como sigue:

Partiendo de que: i) las ventas del mercado afectado alcanzarían los $48,557,596,291.47 (CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS 47/100 MN), de acuerdo con lo que se expone en el apartado 9.5 de esta resolución, ii) la participación de Cemex en el mercado fue de 54.4% para dos mil cuatro[306] y iii) la práctica tuvo una duración de nueve meses (es decir, 0.75 años)[307], tendríamos que las ventas de Cemex durante el periodo de actualización de la práctica fueron de $19,811,499,286.92 (DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS ONCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS 92/100 MN);[308] dicha cantidad representa las ventas afectadas por la práctica.

Tomando en cuenta ahora que la cantidad del bien relevante que dejó de ingresar al mercado como consecuencia de la práctica equivale al 0.51% (cero punto cincuenta y uno por ciento) del mercado total,[309] y que, por tratarse de un producto esencial y sin posibilidades de sustitución para la industria de la construcción, la variación porcentual en la cantidad demandada por parte de los consumidores

---

[305] Véanse páginas 374 a 376 de la Resolución recurrida.

[306] *Véase apartado 9.4 de esta resolución.*

[307] *0.75 equivale a la proporción que representan nueve meses con respecto a un año y resulta de dividir los nueve meses entre los doce meses que contiene un año calendario. (0.75 = 9 / 12)*

[308] *Esta cantidad se obtiene de multiplicar las ventas por el factor de duración de la práctica y la participación en el mercado (expresada como factor). ($19,811,499,286.92 = $48,557,596,291.47 * 0.544 * 0.75).*

[309] *Lo anterior se obtiene al dividir la cantidad de producto que no ingresó entre el tamaño del mercado. (0.51% = 166,219.00 / 32,538,759.69)*

ante variaciones en el precio del cemento es relativamente baja,[310] *el impacto de esa mayor oferta en el mercado (aumento de 0.51%) tendría un impacto en precios por ese mismo porcentaje (reducción de 0.51%).*[311] *Sin embargo, en beneficio del gobernado y, dado que no se cuenta con una estimación precisa de la elasticidad de demanda del cemento en el mercado mexicano, la estimación del impacto en precios derivada de la mayor oferta que no pudo entrar al mercado se hace bajo un supuesto aún más conservador, esto es, que dicho impacto es de sólo la mitad (reducción de 0.255%).*[312 y 313]

En virtud de lo anterior, el daño causado sería el equivalente al porcentaje de reducción de precios que dejó de ocurrir al impedir la entrada de un nuevo competidor (porcentaje que se puede considerar como un sobreprecio derivado de la práctica) respecto de las ventas afectadas, pues esto equivale a las ventas indebidamente obtenidas por el agente infractor. En consecuencia, el daño causado alcanzaría los $50,601,922.62 (CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS PESOS 62/100 MN).[314]

Dicha cantidad constituye una transferencia de recursos en perjuicio de los consumidores que se vieron obligados a pagar un precio superior al que, en ausencia de la práctica, hubiera prevalecido.

Si bien la evaluación de las consecuencias de la práctica requiere necesariamente la estimación de un escenario hipotético, pues no existe manera de conocer las modificaciones reales que sufriría el precio del cemento con el ingreso de un nuevo competidor, se insiste en que la estimación se hace bajo un escenario conservador, en beneficio del gobernado. De hecho, es probable que el verdadero daño causado por la práctica haya sido mucho mayor, debido a que al observar las acciones llevadas a cabo por Cemex para impedir la entrada de los denunciantes al mercado de cemento en territorio nacional, se desalienta a otros posibles interesados que quisieran participar en este mercado. De haber existido una mayor oferta, es probable que las modificaciones al precio del producto relevante hubieran podido ser considerablemente mayores, beneficiando con ello sobre todo a los consumidores de dicho producto."

16.7. Por lo que hace a la duración de la práctica no define cuál es la misma, ya que en el OPR se establece que los hechos investigados iniciaron el diciembre de dos mil tres y finalizaron en abril de dos mil cinco, y en la resolución que se combate se señaló que transcurrió de diciembre de dos mil tres a septiembre de dos mil cuatro pero señala fecha de consumación de la misma julio de dos mil cuatro y, siguiendo con esta incongruencia, en el apartado de "Acreditación de la Práctica" la Comisión establece que la práctica monopólica relativa se acreditó con el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro, por lo que la duración de la práctica es contradictoria.

---

[310] *En la jerga del lenguaje económico se diría que la elasticidad de demanda es inelástica, esto es, que su valor numérico es igual o inferior a -1 (uno negativo)*

[311] *En lenguaje económico, ello implica que la elasticidad de demanda tiene un valor de -1 (uno negativo), es decir, un incremento porcentual en precios de 1% está asociado a una reducción en la cantidad demandada de 1%.*

[312] *Lo cual implica que el supuesto utilizado de elasticidad de demanda es de -2 (dos negativo), esto es, que un incremento porcentual de precios de 1% está asociado a una reducción en la cantidad demandada de 2%.*

[313] *Dicho sobreprecio se obtiene al dividir el porcentaje equivalente a la variación que se hubiera presentado en la cantidad del bien relevante en el mercado entre el valor de la elasticidad de la demanda. (-0.255416926742108% = 0.510833853484217% / -2)*

[314] *$50,601,922.62 = $19,811,499,286.92 * 0.255416926742108%.*

Con el fin de poder dar debida respuesta al argumento es necesario hacer las transcripciones correspondientes del OPR y de la Resolución recurrida:

OPR (fojas 27 a 30)

"Cuarta. A CONTINUACIÓN SE DEFINE EL PERIODO INVESTIGADO.

*Con base en lo antes señalado, se determina que el periodo en el que tuvieron lugar los hechos investigados inicia en **diciembre de dos mil tres** y finaliza en **abril de dos mil cinco**. Los hechos ocurridos en este periodo son analizados de forma concatenada en las subsiguientes consideraciones de derecho."*

RESOLUCIÓN

"*OCTAVA.- ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA* (foja 328)

Los argumentos esgrimidos por Cemex y las pruebas ofrecidas no logran desvirtuar la práctica monopólica relativa imputada a Cemex de manera presuntiva en el OPR y, por el contrario, de las pruebas recabadas durante la investigación, las ofrecidas por Cemex en su contestación al OPR y las pruebas adicionales obtenidas durante el procedimiento seguido en forma de juicio se acredita la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VI, de la LFCE, consistente en el acto realizado el veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour a ese mismo puerto.[315]"

"*9.6 Duración de la práctica* (foja 377)

De conformidad con lo expuesto en la Consideración cuarta del OPR[11]*, las conductas que conforman la práctica se empezaron a fraguar desde **diciembre de dos mil tres** (CANACEM consideró que un buque-silo no podía ser una bodega) a **septiembre de dos mil cuatro** (MCC se desistió del recurso de revocación contra la resolución del PAMA 29/2004 y del juicio de amparo promovido en contra del embargo realizado por la AMA), pero fue en julio de dos mil cuatro que se consumó la práctica, lo que arroja una duración de nueve meses.*"

El agravio que apunta Cemex deviene de **infundado** en parte y **fundado pero insuficiente** en otra. Es **infundado** respecto a la supuesta contradicción entre lo señalado en el OPR y la Resolución que se impugna respecto a la duración de la práctica, ya que la recurrente confunde varios de los conceptos relacionados. En primer lugar, debe distinguirse que los hechos investigados y la duración de la práctica son dos conceptos distintos, ya que esta Comisión cuenta con la facultad de investigar la existencia de prácticas monopólicas contrarias a la LFCE y si al

[315] *Consideración Sexta y Séptima del OPR, visible a páginas 51 y 153 de dicho oficio.*
[11] *Visible a fojas 27 a 30 del OPR*

finalizar ésta existieran elementos para sustentar la existencia de prácticas monopólicas, la Comisión a través del Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitirán un OPR y para el caso que nos ocupa, a pesar de que la denuncia fue realizada en el dos mil seis, la facultad de investigación que detenta esta Comisión no tiene un plazo de prescripción; por ello los hechos investigados se consideran a partir de diciembre de dos mil tres, tres años atrás del inicio de la práctica a partir de que la CANACEM consideró que un buque-silo no podía ser una bodega, y la AGA negó la inscripción al Padrón de Importadores del Sector Específico del Cemento a CDM.

En segundo lugar, la duración de la práctica es uno de los elementos objetivos que esta Comisión considera para la imposición de multas de acuerdo al artículo 36 de la LFCE, la cual se determinó dentro del periodo de diciembre de dos mil tres a septiembre de dos mil cuatro, nueve meses. En este sentido, el periodo investigado (que es el ámbito temporal investigado durante el procedimiento) fue *diciembre de dos mil tres y finaliza en abril de dos mil cinco*. Los hechos encontrados en ese periodo investigado iniciaron en *diciembre de dos mil tres* a *septiembre de dos mil cuatro*, por lo que no hay una incongruencia, pues uno es el periodo investigado y el otro es el periodo en donde se encontraron los hechos sancionados.

Es **fundado pero insuficiente** lo relativo a la consumación de la práctica, ya que la fecha de julio de dos mil cuatro señalada en el análisis para individualizar la sanción, corresponde a la fecha en la que se asigna finalmente la posición de atraque en el Puerto de Tampico al buque-silo *Mary Nour*, no la fecha en la que Cemex invitó a la APITAM para que se impidiera la entrada del referido buque. En este sentido, la fecha correcta es la del veinticinco de mayo de dos mil cuatro en el que Cemex invitó a la APITAM, a través de su Director General, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo *Mary Nour* al puerto de Tampico; o bien, actuar en el sentido de negar la entrada y atraque del buque-silo *Mary Nour* a ese mismo puerto.

No obstante lo anterior, el error en la cita de la fechas en uno de los apartados en nada afecta el periodo de los nueve meses computados y que sirvieron para hacer el cálculo de la multa. Lo anterior es así, puesto que la duración fue computada a partir de que iniciaron las conductas de Cemex con la intención de impedir el acceso a las denunciantes al mercado relevante, hasta que MCC se desistió del recurso de revocación contra la resolución del PAMA 29/2004 y del juicio de amparo promovido en contra del embargo realizado por la AMA, de lo que resulta que de diciembre de dos mil tres a septiembre de dos mil cuatro quedan comprendidos nueve meses.

Además, con relación al plazo en el que acontecieron los hechos no es controvertido por la recurrente que es lo que esta CFC estimó como duración de la práctica; es decir, la recurrente únicamente alcanza a señalar una inconsistencia en las fechas pero no señala nada respecto de la duración de la práctica, es decir, porqué resulta equivocado considerar que son nueve meses.

16.8. En lo que refiere a la capacidad económica carece de sustento legal ya que el reporte a la Bolsa no precisa las ventas de Cemex México, S.A. de C.V.

El argumento es **inoperante**, pues si lo que reportan a la Bolsa Mexicana no precisa las ventas de Cemex México, debió entonces acreditar la recurrente cuál es el verdadero ingreso por ventas y al no hacerlo su argumento deviene en gratuito.

Además ninguna disposición establece que para determinar la capacidad económica de un agente económico necesariamente deba basarse en las ventas, sino que puede ser cualquier elemento que permita determinar si dicho agente económico puede o no hacer frente a la multa que se le imponga. Por tal motivo, si del reporte de la Bolsa Mexicana de valores puede conocerse sus ingresos o activos, dicha información es suficiente para presumir que Cemex tiene capacidad suficiente para responder a la multa que se le impuso en la Resolución recurrida.

16.9. Respecto al tamaño del mercado afectado, es incorrecto como lo sostuvo la Comisión que sea el territorio nacional, ya que aunque se venda cemento en todo México no quiere decir que éste sea el mercado sino que éste comprende el radio de quinientos kilómetros del Puerto con ventas LAB Puerto en donde se daría la competencia efectiva.

El argumento es **infundado**, en términos de lo señalado en el numeral 11.3 de esta resolución, ya que el mercado relevante no se circunscribe a un radio de quinientos (500) kilómetros, como lo sostiene la recurrente.

16.10. Continúa la recurrente manifestando que le causa agravio que en el apartado Corrección de la Practica se le obligue a implementar un Código de Ética, cuando ésta medida no está implementada ni prevista en Ley, violando con ello las garantías de seguridad y legalidad señaladas por el artículo 14 y 16 Constitucionales.

El argumento de la recurrente deviene de **infundado** toda vez que hace una interpretación incorrecta de las disposiciones jurídicas que señala, y también así de la fracción I, del artículo 35 de la LFCE ya que de una interpretación sistemática e integral del artículo referido junto con los artículos 1, 2, 8, 23, 24, fracción III del mismo ordenamiento, así como 14 y 16 constitucionales, esta Comisión está facultada para ordenar la corrección de la práctica toda vez que el objeto de la misma se ha actualizado y ha violado las disposiciones vigentes aplicables al caso, al impedir a un competidor a través de la invitación que hizo Cemex a la APITAM, con el propósito de disuadirla para que ésta no realizara los actos necesarios a efectos de autorizar la entrada y operación del buque-silo Mary Nour al puerto de Tampico; o bien, negando la entrada y atraque del buque-silo Mary Nour en ese mismo puerto. Asimismo, esta autoridad cuenta con autonomía técnica y operativa y goza de autonomía para dictar sus resoluciones, por lo que contrario a lo que establece la recurrente, esta Comisión de ninguna forma viola las disposiciones constitucionales señaladas, ya que de manera fundada y motivada obliga a Cemex a la emisón de

un Código de Ética en aras de tratar de corregir la práctica anticompetitiva, materia del presente asunto.

A mayor abundamiento, debe decirse que la multiplicidad de conductas que se pueden desplegar y en multiplicidad de mercados hace imposible que se prevean todos y cada una de los actos que pudieran llevarse a cabo para coregir o suprimir una conducta en términos del artículo 35, fracción I de la LFCE, por lo que carece de toda lógica jurídica y legislativa que la recurrente pretenda que lo ordenado este expresamente estipulado en la LFCE. La corrección de la práctica que se ordenó está íntimamente ligado con corregir y prevenir que se vuelvan a cometer conductas contraraias a la LFCE por parte de Cemex, sus filialies o sus respectivos empleados, por lo que no resulta arbitraria ni contraria a la LFCE.

Décima novena.- La recurrente manifestó en su **agravio décimo séptimo** que la Comisión transgredió el artículo 27 del RLFCE relativo a la falta de fundamentación y motivación de las cinco ampliaciones del plazo de investigación y alega que no se tratan de "casos excepcionalmente complejos" conforme lo señala la LFCE sino que la Comisión habla de "complejidad del procedimiento" más no del caso, el cual debe entenderse como un caso de excepción sin que esta Comisión haya explicado las causas, motivos, razones o circunstancias que tomo en consideración para tales efectos, aunado a la necesidad de continuar el análisis de la información allegada, tampoco acredita la complejidad del caso. Por lo que dichas actuaciones considera la recurrente resultan nulas de pleno derecho así como el total de las aseveraciones, no debiendo surtir ningún efecto jurídico por violar el artículo en cita. Cemex sostiene su dicho con base en el siguiente criterio jurisprudencial:

> *Registro No. 168717; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008; Página: 2049; Tesis: 1.4o.A. J/63; Jurisprudencia; Materia(s): Administrativa 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.
CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Son **inoperantes por reiterativos** de los argumentos ya resueltos en la Resolución recurrida, los cuales no controvierten ni combaten las consideraciones de la misma sino simplemente se limita a abundar en sus manifestaciones estableciendo únicamente y sin entrar a detalle por qué el tratamiento adecuado al presente debió ser como un "caso de excepción". Por lo anterior y a fin de evitar reiteraciones ociosas, se remite a lo resuelto en la Resolución recurrida:[316]

*"El argumento es **infundado**, ya que las cinco ampliaciones de la investigación que emitió esta Comisión se encuentran debidamente fundadas y motivadas, como se observa en los acuerdos que la propia emplazada transcribe en su argumento. En dichos acuerdos se señalan diversos motivos para ampliar la investigación, entre ellos la complejidad del procedimiento, la necesidad de realizar diversas actuaciones adicionales en virtud de la información recabada y la necesidad de continuar con el análisis de la información allegada durante dicho procedimiento. En este sentido, existen las causas que justificaron debidamente las ampliaciones de plazo, las cuales no pueden depender de la voluntad de los eventuales probables responsables, como en el caso ahora lo es, Cemex.*

No obstante lo anterior y más allá de si la causa debidamente justificada para ampliar la investigación se expuso de forma exhaustiva y detallada, la descripción o justificación en comento no le repara perjuicio alguno a Cemex, ya que están debidamente fundadas las justificaciones; es decir, no carecen de justificación. Las ampliaciones no tienen por qué ser exhaustivas ni detalladas para ser válidas, basta con que se exprese con claridad la justificación, como aconteció en el presente asunto, lo que además se corrobora con la información que esta CFC se allegó al expediente en cada uno de esos periodos.

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación:

***COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FACULTAD DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE LA MISMA COMISIÓN.** De lo dispuesto en los artículos 24, fracciones I y III, y 30 a 39 de la Ley Federal de Competencia Económica se advierte que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el ejercicio de la facultad investigadora denominada "procedimiento administrativo de investigación", por parte de la Comisión Federal de Competencia, relativa a la obtención de informes y documentos de particulares en términos del artículo 31 de la ley citada, constituye una actuación de naturaleza distinta, autónoma e independiente del diverso procedimiento contencioso ante la misma comisión, en materia de competencia económica. Lo anterior es así, ya que el ordenamiento citado establece que la mencionada comisión tendrá entre sus atribuciones la de resolver los casos que sean de su competencia y, en su caso, sancionar a quienes se demuestre que violaron esa ley, para lo cual la comisión podrá sustanciar el procedimiento contencioso, pero con independencia de ese*

[316] Véanse páginas 261 a 263 de la Resolución recurrida.

procedimiento instituye una facultad a través de la cual se dota a la referida comisión de atribuciones legales que le permiten requerir y obligar a los particulares para que exhiban ante ella los informes y documentos que sean relevantes para que realice sus averiguaciones preliminares al procedimiento contencioso.[317]*"*

17.1 Asimismo, señala que dado que Cemex fue sujeta a un procedimiento administrativo por virtud del dictado de un OPR fundado en actuaciones y probanzas completamente ineficaces jurídicamente por no haberse desahogado en los términos de Ley, al haberse llevado a cabo con posterioridad al fenecimiento del plazo de noventa días correspondientes a la publicación del acuerdo de inicio de investigación, la última actuación procesal cuyos efectos pueden válidamente trascender a la vida jurídica es la practicada el día veinte de octubre de dos mil seis consistente en el desahogo de la comparecencia del C. Osmín Rendeón Castillo, por lo que al día de hoy han transcurrido más de tres años desde la realización del último acto procesal, lo que en consecuencia lleva necesariamente a concluir que en la especie dentro del expediente DE-17-2006 HA OPERADO LA CADUCIDAD en términos de la fracción IV del artículo 373 del CFPC.

El argumento es **inoperante por novedoso**, pues en su contestación al OPR no planteó este argumento y pretende ahora sostener una caducidad no expuesta, por lo que su argumento resulta inatendible. Sin embargo, en la Consideración de Derecho siguiente (Décima novena), se aborda el tema de la caducidad y en el cual, se adelanta que el argumento de la recurrente deviene **infundado,** toda vez que **parte de premisas incorrectas** respecto a que la última actuación procesal se realizó el veinte de octubre de dos mil seis, ya que a lo largo del procedimiento han existido una serie de actuaciones y promociones, lo cual no actualiza lo establecido en la disposición jurídica que señala, ello sin perjuicio de que dicho artículo no resulta supletorio a la materia de competencia económica.

Vigésima.- En su **agravio décimo octavo** la recurrente alega que se está frente a la figura de caducidad, toda vez que la investigación inició el nueve de junio de dos mil seis y el OPR fue dictado el veintiséis de enero de dos mil nueve, excediendo el plazo de un año y, por ende, el plazo que la Comisión tenía para su emisión caducó, violando con ello el artículo 373 fracción IV del CFPC aplicando supletoriamente a la LFCE, así como los artículos 14 y 16 constitucionales ya que la potestad para entablar un procedimiento e imponer alguna sanción debe estar sujeta a la limitación temporal; de lo contrario se estaría dando lugar a la arbitrariedad.

El argumento resulta **infundado**, por las siguientes razones:

---

[317] *No. Registro: 181,770. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: P. VII/2004 Página: 257. Amparo en revisión 2589/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 25 de noviembre de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretarios: Martha Elba Hurtado Ferrer y Emmanuel G. Rosales Guerrero. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número VII/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de marzo de dos mil cuatro.*

- La recurrente funda su argumento señalando que se actualiza la figura de caducidad prevista en la fracción IV del artículo 373 del CFPC alegando que del momento en que se inició el período de investigación a que se emitió el OPR transcurrió más de un año por lo cual caducó el plazo que se tenía para su emisión.

- Lo anterior es completamente inaplicable, en primer lugar, porque el RLFCE establece expresamente los plazos con que se cuenta para realizar la investigación, en específico su artículo 27 segundo párrafo establece: "*El período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del acuerdo, y no podrá ser inferior a treinta días ni excederá de noventa. En casos excepcionalmente complejos, el Pleno de la Comisión podrá ampliar el plazo por periodos que no excedan de noventa días*", por lo que al tener una disposición específica en cuanto a la duración de la investigación no es aplicable supletoriamente dicha disposición.

- No obstante lo anterior, el artículo que cita del CFPC tampoco es aplicable, ya que el artículo en referencia establece que la caducidad se refiere a la ausencia de algún acto procesal o promoción durante el término mayor de un año contado a partir del último acto procesal o promoción, y si bien es cierto que la emisión del OPR fue con fecha de veintiséis de enero de dos mil nueve, dos años siete meses después de haberse iniciado la investigación, ello no actualiza la hipótesis citada, ya que durante la primer etapa del procedimiento llevado ante esta Comisión existieron una serie de actuaciones y promociones, tal como obra en los autos del expediente que desvirtúan lo señalado por la recurrente y no actualiza la hipótesis contenida en el ordenamiento citado.

- Por otro lado, el poder judicial se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del término de caducidad previsto en la fracción IV del artículo 373 del CFPC a la etapa del procedimiento de investigación de la CFC, en los términos siguientes:

"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."[318]

Para mayor entendimiento de dicha tesis, a continuación se transcribe la ejecutoria de la cual surgió:

"De los artículos (...) contenidos en el Capítulo V "Del Procedimiento", Sección Primera "Del inicio de la investigación" del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, se desprende el procedimiento a seguir cuando la comisión dé inicio a una investigación, el periodo para ello y sus ampliaciones y hasta qué momento pueden comparecer las personas que pretendan coadyuvar en el procedimiento (artículo 27); que concluida la investigación, si existen elementos, se emitirá un oficio de presunta responsabilidad con el que se emplazará al presunto responsable (artículo 30); y, las diligencias practicadas con anterioridad al emplazamiento tendrán validez para sustentar el oficio de presunta responsabilidad y cuando no existan elementos suficientes para sustentar la presunta responsabilidad, el pleno de la comisión decretará el cierre del expediente (artículo 31).

La interpretación de los numerales en comento, nos lleva a la conclusión de que el presidente y secretario ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia contaban con un plazo de cinco días hábiles para emitir el oficio de presunta responsabilidad a partir de que concluyó la etapa de investigación, pues aunque en los mismos se establecen algunos plazos, éstos no están de ninguna manera relacionados con lo que señala la parte quejosa, por tanto, no se puede decir que concluida la etapa de investigación, exista el plazo que se precisa en el argumento que se analiza, para emitir el oficio de presunta responsabilidad, pues ello, como se dijo, no se desprende ni infiere de los numerales referidos.

Esta situación se refuerza con el hecho de que el oficio aludido sólo puede emitirse al concluirse la investigación, ya que su emisión implica el inicio de la segunda fase del procedimiento, esto es, el seguido en forma de juicio que es autónoma e independiente de la etapa de investigación.

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 que rige las actuaciones dentro de cada una de las etapas que conforman el procedimiento administrativo de competencia y de las que se ha hecho mención con antelación, pero no entre una y otra etapa, concretamente la de investigación y la de audiencia en forma de juicio, en virtud que, por una parte, son autónomas e independientes y, por

[318] No. Registro: 168,717, Localización: Novena Época, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008, Tesis: I.4o.A. J/63, Página: 2049.

otra, es una facultad discrecional determinar si conforme a las pruebas que se allegó la comisión en la etapa de investigación existen o no elementos para determinar una posible práctica monopólica, por lo que la emisión del oficio de presunta responsabilidad no puede estar sometido al plazo que precisa el artículo citado.

Razonar en sentido contrario sería tanto como desconocer la independencia y autonomía entre la primera y segunda etapas y, por consiguiente, establecer que es el periodo de investigación a partir del cual se inicia propiamente el procedimiento seguido en forma de juicio, cuando no es así, es decir, es hasta el oficio de presunta responsabilidad cuando se puede establecer que inicia la etapa contenciosa en la que se observan las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que es evidente que no puede mediar plazo respecto de una situación que, legal y formalmente, no ha iniciado.

Pero además, cabe precisar que a pesar de la independencia entre la etapa de investigación y la de audiencia, resulta que el oficio de presunta responsabilidad que llegue a emitirse sólo estará sujeto al término de la 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" [319]

De lo anterior se advierte que el término para calcular la caducidad en la emisión del OPR debe computarse a partir de la emisión del acuerdo de conclusión y no, como aduce la recurrente, a partir del inicio de la investigación.

Vigésima primera.- Asimismo, la recurrente continúa diciendo en su **agravio décimo noveno** lo siguiente:

19.1. La Comisión omitió el estudio de los argumentos de afectación en torno al desechamiento del incidente de recusación, quien únicamente argumentó lo siguiente:

..."Cuarto. En lo referente a su solicitud del incidente de recusación, dígasele al promovente que no ha lugar a acordar de conformidad lo solicitado, en virtud de que en el caso concreto no opera la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles, en razón a que la aplicación supletoria de un código adjetivo opera cuando en el ordenamiento que se trata de completar esté prevista, pero no se encuentre regulada una determinada institución. Por ello, en el caso que nos ocupa, tal y como se aprecia en la Ley Federal de Competencia Económica y en el Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, el título Tercero denominado "De los Impedimentos y Excusas", expresamente prevé la existencia de estas figuras jurídicas. Específicamente en el artículo 40 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, se estipulan cuáles son los supuestos en los que es procedente el impedimento o la excusa. De tal suerte, al existir un ordenamiento jurídico especial que regule de manera específica el impedimento y la excusa en materia de competencia económica, resulta inaplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles en que pretende fundar su solicitud."... [320]

[319] Considerando sexto de la ejecutoria emitida en el juicio de amparo en revisión número 479/2006. YOLI DE ACAPULCO, S.A. DE C.V. la cual puede consultarse en el IUS, bajo el número de registro que se señala en el siguiente pie de página.
[320] Acuerdo de fecha veinte de marzo de dos mil nueve página siete.

Sin embargo, la recurrente establece que el razonamiento anteriormente citado no da una respuesta válida del por qué del desechamiento del incidente, ya que Cemex citó e incluso transcribió como fundamento tanto el CFPC como los artículos conducentes de la LFCE. Aunado a que la Comisión se equivoca al argumentar que la supletoriedad del CFPC no es aplicable al caso en cuestión alegando que se cumplen con los requisitos exigidos por el PJF.[321]

Por lo anterior, la recurrente manifiesta que se ha ocasionado una violación procesal la cual deberá de ser analizada y en su caso ordenar la reposición del expediente para el efecto de que se admita la incidencia planteada.

Las manifestaciones anteriormente planteadas resultan **inoperantes** toda vez que las mismas ya fueron contestadas en el momento procesal oportuno mediante el recurso correspondiente y resueltas en el acuerdo citado, en donde dicha solicitud de recusación fue desechada porque resulta inaplicable el CFPC en la medida en que tanto la LFCE como el RICFC en su título Tercero expresamente prevén la existencia de tal figura jurídica.

No obstante, la recurrente expresa que la Comisión se equivoca al argumentar que la supletoriedad planteada no es aplicable ya que se cumplen con los requisitos exigidos mediante la tesis asilada citada;[322] sin embargo, debe advertirse que los requisitos enlistados no se cumplen a cabalidad en el caso que nos ocupa, ya que tanto en la LFCE como el RICFC se prevén la hipótesis referida bajo los artículos 26, último párrafo, y 40, respectivamente, los cuales son suficientes para la aplicación al caso concreto. Es decir, al existir un ordenamiento jurídico especial (LFCE y RICFC) que regula de manera específica el impedimento y la excusa en materia de competencia económica, resultaba inaplicable el CFPC y por ende, de acuerdo a la tesis aislada planteada *"ante la falta de uno de los requisitos, no puede operar la supletoriedad de una ley en otra"*.[323]

19.2. Por otro lado, la Comisión omitió pronunciarse respecto a los argumentos de afectación de Cemex así como respecto a lo ordenado en la ejecutoria de mérito y analizar los argumentos en torno a la recusación interpuesta[324] dentro de su escrito de contestación al OPR, con el objeto de que el Presidente de la Comisión se abstuviera de conocer el caso, y suspender el procedimiento hasta la resolución de la recusación interpuesta. Lo anterior, con fundamento en los artículos 39 fracciones I, VI, X y XVII, 47,48 y 49 del CFPC en relación con los artículos 26 y 39 de la LFCE y 40 del RICFC, derivado de la existencia de un interés directo en el asunto toda vez que el

[321] *SUPLETORIEDAD DE UNA LEY A OTRA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA*. Emitida por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Común, Novena Época, Registro No. 202796 Tesis aislada IV.2°.8K, publicado con el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Abril de 1996, Página 480.
[322] Idem.
[323] Idem.
[324] Contra el desechamiento del incidente de recusación del Presidente de la Comisión, Cemex interpuso juicio de amparo, resolviendo el H. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que dicha violación sería materia de análisis en la resolución definitiva que se dicte por la Autoridad.

Presidente ha manifestado expresamente su interés hasta de considerar estratégico la instalación de una planta cementera juntamente con los denunciantes aprovechando el derecho de piso sobre otras industrias.

Contra dicho auto, mi mandante interpuso amparo, resolviendo el H. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que dicha violación sería materia de análisis en la resolución definitiva que se dicte por la autoridad; sin embrago, no se advierte que la Comisión se haya pronunciado.

El argumento es **inoperante** por no combatir los argumentos que sustentan la Resolución recurrida, sino que pretende que se analicen en ella cuestiones que fueron desechadas como notoriamente improcedentes sin que en el presente recurso ataque, como violación procesal, el acuerdo por el que se desechó el mencionado incidente. Por tal motivo, dicho acuerdo debe quedar intocado para todos los efectos legales a que haya lugar.

Respecto al supuesto amparo que dice haber promovido, es de señalarse que la recurrente omite señalar cuál es ese supuesto amparo que promovió, pues únicamente alcanza a decir que fue "*el H. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito*", sin indicar el número de Tribunal o el número de amparo en revisión y menos aún indica cuál Juzgado de Distrito conoció ni tampoco el número de amparo y ante tal circunstancia su argumento deviene en **inoperante** también.

Vigésima segunda.- La recurrente en su **agravio vigésimo cuarto** señaló que la determinación de dictar el OPR haya sido tomada por el Pleno constituye un vicio de procedimiento no estudiado en la sentencia y con ello viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Lo anterior, con fundamento en los artículos 23, 24, fracción III y 25 de la LFCE, en donde la Comisión al ser un órgano colegiado debe deliberar los casos de la misma forma. Sin embargo, la Comisión no justifica que el Presidente y el Secretario Ejecutivo hubiesen dictado el OPR con motivo de una determinación del Pleno donde se estableciera la existencia de elementos suficientes para sustentar la existencia de las prácticas monopólicas, puesto que esa decisión es exclusiva del Pleno de la Comisión, lo cual se corrobora con el hecho de que en ningún ordenamiento legal se dota a tales funcionarios para actuar en solitario para la resolución de casos.

El argumento es **infundado,** en primer lugar porque no prueba que la emisión del OPR haya sido una decisión tomada por el Pleno y en segundo lugar, porque la recurrente parte de premisas incorrectas al establecer que la Comisión al estar integrada por cinco comisionados y deliberar en forma colegiada, sea ella misma quien determine la emisión del OPR, ya que aun cuando la Comisión sea un órgano colegiado, no significa que corresponde al Pleno la emisión del OPR, como lo mal interpretó la ahora recurrente, ya que la determinación para iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio es facultad del Presidente y el Secretario Ejecutivo.

En efecto, el artículo 30 del RLFCE a la letra dice:

> *Artículo 30.- Concluida la investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, **el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitirán un oficio de presunta responsabilidad**, el que contendrá el nombre y domicilio del presunto responsable, los hechos materia de la práctica monopólica o concentración prohibida que se le imputen, los artículos que se estimen violados, y los elementos en que se apoye la presunta responsabilidad, con lo cual la Comisión emplazará al presunto responsable.*

Por tal motivo, si el OPR fue emitido y firmado por dichos servidores públicos, no existe violación procesal alguna que debiera ser estudiada en la Resolución recurrida; amén de que Cemex ni siquiera lo alegó en su contestación al OPR.

Vigésima tercera.- Por su parte, en sus **agravios vigésimo**, **vigésimo primero**, **vigésimo segundo** y **vigésimo tercero**, la recurrente se pretende agraviar por la autonomía de la CFC al erigirse como Tribunal Administrativo sin cumplir con los requisitos constitucionales y por una supuesta inconstitucionalidad de los artículos 33, 38 y 39 de la LFCE y 27, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37 y 53 del RLFCE, así como la inconstitucionalidad del RLFCE por una supuesta violación al principio de reserva de la LFCE, al reglamentar un procedimiento no previsto en la LFCE.

Estos argumentos resultan **inoperantes**, ya que la recurrente plantea la violación a diversos artículos de la Constitución, lo cual no resulta ser de la competencia de esta CFC, sino que es facultad exclusiva del PJF.

Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis de jurisprudencia emitida por el PJF:

> ***TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION. CUANDO PUEDE CONOCER DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.*** *La jurisdicción contenciosa-administrativa adoptada en el sistema mexicano por influencia de sistemas jurídicos o extranjeros, principalmente el francés, corresponde a la imperiosa exigencia del Estado contemporáneo de preservar la legalidad de la actuación administrativa, esto es, el sometimiento de las autoridades administrativas a las leyes emanadas del Poder Legislativo por ser éstas la fuente directa de la validez y legitimidad de su actuación. Por ello, la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Federación es de naturaleza ordinaria y no tiene como propósito fundamental otro distinto del de salvaguardar y controlar la legalidad de los actos administrativos. Dado que la legalidad de los actos administrativos está elevada en nuestro país al rango de garantía individual por efecto de los artículos 14 y 16 constitucionales, se explica que en repetidas ocasiones se haya predicado el deber de las Salas Fiscales de conocer inclusive de irregularidades planteadas como violaciones a preceptos*

constitucionales. Sin embargo, como puede atestiguar la tesis jurisprudencial de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible con el número trescientos veintiséis de la Tercera Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación con el rubro de "TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION, FACULTADES DEL, PARA EXAMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO", y los precedentes que le dieron origen, la inconstitucionalidad de los actos administrativos de que puede conocer este Tribunal, es la derivada de la inobservancia de las formalidades esenciales del procedimiento a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, en cuanto configura la causal de anulación prevista en la actual fracción II del artículo 238 del Código Fiscal vigente. En suma, la jurisdicción del Tribunal Fiscal en términos de las causales de anulación previstas en el numeral antes citado, está constreñida a la materia de legalidad, aunque ésta se refleje en todos los casos en una violación a las garantías constitucionales mencionadas, de allí que su competencia no pueda extenderse al grado de obligarlo a conocer de violaciones a otra clase de garantías de la Carta Suprema, ni siquiera cuando tales infracciones se atribuyen no a una ley sino a un acto administrativo, pues ello significaría investirlo de facultades propias del sistema de control de la constitucionalidad, de las que desde luego carece al tenor de los artículos 103, 104 y 107 de la Constitución.[325]

RESOLUTIVOS

Primero.- Resulta infundado e inoperante en parte y fundado pero insuficiente en otra el recurso de reconsideración interpuesto por Cemex México, S.A. de C.V.

Segundo.- Se confirma en sus términos la resolución de dieciocho de diciembre de dos mil doce, emitida por el Pleno de la Comisión en el expediente DE-017-2006.

Tercero.- Notifíquese personalmente.

[325] No. Registro: 210,727. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 80, Agosto de 1994. Tesis: I.3o.A. J/46. Página: 35. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Pleno
Cemex México, S.A de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente RA-008-2013

Así lo resolvió el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia, por mayoría de votos, con voto en contra del Comisionado Miguel Flores Bernés, por considerar fundado el agravio segundo, en sesión ordinaria del dos de mayo de dos mil trece ante la fe del Secretario Ejecutivo, de conformidad con los artículos 29 de la Ley Federal de Competencia Económica y 19, fracción IV del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.

Eduardo Pérez Motta
Presidente

Cristina Massa Sánchez
Comisionada

Rodrigo Morales Elcoro
Comisionado

Miguel Flores Bernés
Comisionado

Luis Alberto Ibarra Pardo
Comisionado

Ali B. Haddou Ruiz
Secretario Ejecutivo