



VERSIÓN PÚBLICA

Unidad Administrativa que clasifica:
Secretaría Técnica

Número de acta y fecha en la que se aprobó por el Comité:
COT-012-2019
Veintiséis de marzo de dos mil diecinueve

Descripción del documento:

Versión pública de la resolución emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica el veintiuno de febrero de dos mil diecinueve en el expediente VCN-001-2018.¹

Tipo de información clasificada y fundamento legal:

La información testada con: “A” y “B”, es **confidencial** de conformidad con lo siguiente:

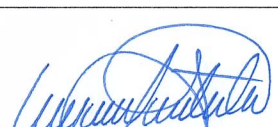
A	Artículos 113, fracción I de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (“LFTAIP”), 116, párrafo primero de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (“LGTAIP”), así como Trigésimo octavo de los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información (“LINEAMIENTOS GENERALES”), así como para la Elaboración de Versiones Públicas, en relación con los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”).	Se trata de datos personales cuya difusión requiere el consentimiento de su titular, o corresponde a una persona identificada o identificable.
B	Artículos 113, fracción III, de la LFTAIP, 116, último párrafo, de la LGTAIP, Cuadragésimo de los LINEAMIENTOS GENERALES, así como para la Elaboración de Versiones Públicas, en relación con los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la LFCE.	Información que refiere al patrimonio, hechos o actos de carácter económico, jurídico, contable o administrativo de alguno de los agentes económicos emplazados y su difusión puede causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de su titular.

Periodo de reserva: No aplica.

Páginas que contienen información clasificada:

1 a 4, 8 a 20, 25, 40 a 42, 46, 50, 59, 60, 62 a 64, 66 a 79, 81 a 116, 120, 121, 123 a 130, 134, 135, 140, 142 a 145, 147 a 168, 172 a 174, 180, 181, 183 y 185 a 187.


Myrna Mustieles García
En suplencia por ausencia del Secretario
Técnico de la COFECE.


Myrna Mustieles García
Directora General de Asuntos Jurídicos,
servidora pública responsable del
resguardo de la información.

¹ Dicho documento consta de ciento ochenta y nueve páginas útiles.

Ciudad de México, a veintiuno de febrero de dos mil diecinueve.- Vistas las constancias que integran el expediente citado al rubro, relativo al procedimiento a que se refiere el artículo 133, fracción I, de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, consistente en la verificación de una probable omisión a la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 28, párrafos primero, segundo, décimo cuarto, vigésimo, fracciones I y VI, y vigésimo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, 3, 16 y 20 de la Ley Federal de Competencia Económica¹; 18 y 19 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica;² 1, 2, 10, 12, fracciones X y XXX, de la Ley Federal de Competencia Económica;³ 1, 2, 118, 119 y 133 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica;⁴ 1, 4, fracción I, 5, fracciones I, VI y XXXIX, 6, 7 y 8 del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica resuelve de acuerdo con los antecedentes y consideraciones de derecho que a continuación se expresan.

GLOSARIO

Para efectos de esta resolución, se entenderá por:

ACUERDO DE INICIO	El acuerdo emitido por el Secretario Técnico el doce de septiembre de dos mil dieciocho, por medio del cual se ordenó de oficio iniciar el procedimiento a que se refiere el artículo 133, fracción I, de las DRLFCE y se turnó a la DGAJ para su trámite.
AI	Autoridad Investigadora de la COFECE o su titular, según corresponda.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la normativa de competencia en términos del artículo 121 de la LFCE.
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
A	A
COMPRA DE ACTIVOS	Contrato de compraventa de activos B

Eliminado: quince palabras

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación ("DOF") el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, reformada mediante decreto publicado en el DOF el nueve de abril de dos mil doce.

² Publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete.

³ Publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, reformada mediante decreto publicado en el DOF el veintisiete de enero de dos mil diecisiete.

⁴ Publicadas en el DOF el diez de noviembre de dos mil catorce, reformadas mediante acuerdo publicado en el DOF el catorce de febrero de dos mil dieciocho.

	B, el diecinueve de julio de dos mil trece.
CONTRATO DE CESIÓN	Contrato de cesión B, el quince de agosto de dos mil quince.
CONVENIO DE MODIFICACIÓN	Convenio de modificación al contrato de COMPRA DE ACTIVOS B, el cinco de agosto de dos mil trece.
CONTRATO DE SERVICIOS	Contrato de servicios de transición B, el quince de agosto de dos mil trece.
CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD	Convenio de confidencialidad y no divulgación B, el dieciocho de julio de dos mil trece.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DGAJ	Dirección General de Asuntos Jurídicos de la COFECE
DRLFCE	Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica publicadas en el DOF el diez de noviembre de dos mil catorce, reformadas mediante acuerdo publicado en el DOF el catorce de febrero de dos mil dieciocho.
DOF	Diario Oficial de la Federación
ESCRITO DE INNOVACIÓN	El escrito presentado por INNOVACIÓN en la oficialía el veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho en desahogo de la vista contenida en el ACUERDO DE INICIO.
ESCRITO DE LALA	El escrito presentado por LALA en la oficialía el veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho en desahogo de la vista contenida en el ACUERDO DE INICIO.
ESCRITO DE NESTLÉ	El escrito presentado por NESTLÉ en la oficialía el veintiuno de septiembre de dos mil

Eliminado: treinta y dos palabras

	dieciocho en desahogo de la vista contenida en el ACUERDO DE INICIO.
ESTATUTO	Estatuto Orgánico de la COFECE, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce y reformado mediante acuerdo publicado en el DOF el veintisiete de octubre de dos mil diecisiete.
EXPEDIENTE	Los autos del expediente VCN-001-2018.
GIE	Grupo de interés económico
INNOVACIÓN	Innovación en Alimentos, S.A. de C.V.
LALA	Grupo Lala, S.A.B. de C.V.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, reformada mediante decreto publicado en el DOF el veintisiete de enero de dos mil diecisiete.
LFCE 2012	Ley Federal de Competencia Económica publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, cuya última reforma aplicable fue publicada en el DOF el nueve de abril de dos mil doce.
LICENCIA DE MARCA	Contrato de licencia de marca [REDACTED] B [REDACTED], el quince de agosto de dos mil trece.
LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA	Contrato de licencia de patentes y tecnología [REDACTED] B [REDACTED], el quince de agosto de dos mil trece.
LICENCIA PERPETUA DE MARCA	Contrato de licencia perpetua de marca [REDACTED] B [REDACTED], el quince de agosto de dos mil trece.
NESTEC	Nestec S.A.
NESTLÉ	Nestlé México, S.A. de C.V.
PJF	Poder Judicial de la Federación

Eliminado: veintinueve palabras

PERITO 1	A [REDACTED], perito en materia actuarial designado para desahogar la prueba pericial ofrecida por NESTLÉ.
PERITO 2	A [REDACTED] [REDACTED], perito en materia de contabilidad designado para desahogar la prueba pericial ofrecida por NESTLÉ.
RLFCE	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SDEP	Société des Produits Nestlé S.A.
ST	Secretaría Técnica de la COFECE o su titular, según corresponda.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. El doce de marzo de dos mil dieciocho, el ST emitió el acuerdo mediante el cual, entre otras cuestiones, ordenó crear el EXPEDIENTE y turnarlo a la DGAJ para que llevara a cabo las diligencias necesarias a efecto de verificar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración y sustanciar el procedimiento a que se refiere la fracción II del artículo 133 de las DRLFCE.⁵

SEGUNDO. La titular de la DGAJ realizó diversos requerimientos de información y documentos a LALA y NESTLÉ, los cuales fueron desahogados por dichos agentes económicos, de conformidad con lo siguiente:

Requerimiento	Agente económico	Fecha de emisión	Acuerdo de prorroga	Escritos ⁶	Acuerdo de reiteración	Acuerdo de desahogo ⁷
DGAJ-CFCE-2018-021 ⁸	LALA	14/03/2018	09/04/2018 ⁹	23/03/2018	21/05/2018 ¹⁰	20/08/2018 ¹¹
				26/04/2018		
				31/05/2018	22/06/2018 ¹²	
				08/06/2018		
				21/06/2018		

⁵ Folios 1 a 161.

⁶ Se refiere a los escritos presentados por LALA y NESTLÉ relacionados al desahogo de los requerimientos de información y documentos formulados. Los escritos de LALA se encuentran en los folios 207 a 237, 245 a 294, 355 a 410, 442 a 655, 659 a 665, 1322 a 1354 y 1364 a 1415, respectivamente. Los escritos presentados por NESTLÉ se encuentran en los folios 670 a 1220, 1221 a 1249, 1250 a 1316, 1250 a 1316, 1416 a 2091, 2163 a 2167 y 2175 a 2194, respectivamente.

⁷ Se refiere a los acuerdos emitidos por la DGAJ en los que se tuvo por desahogados los requerimientos de información y documentos formulados a NESTLÉ y LALA.

⁸ Folios 162 a 169.

⁹ Folios 243 y 244.

¹⁰ Folios 330 a 337.

¹¹ Folios 2092 a 2094.

¹² Folios 666 a 669.

Requerimiento	Agente económico	Fecha de emisión	Acuerdo de prórroga	Escritos ⁶	Acuerdo de reiteración	Acuerdo de desahogo ⁷
				16/07/2018		
				07/08/2018		
DGAJ-CFCE-2018-045 ¹³	NESTLÉ	22/05/2018	04/06/2018 ¹⁴	26/06/2018	18/07/2018 ¹⁵	20/08/2018 ¹⁶
				27/06/2018		
				04/07/2018		
				17/08/2018		
				30/08/2018		
				06/09/2018		

TERCERO. El veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo mediante el cual ordenó la integración de diversas constancias al EXPEDIENTE.¹⁷

CUARTO. El once de septiembre de dos mil dieciocho, el ST emitió un acuerdo mediante el cual tuvo por terminada la etapa para allegarse de documentos y/o información necesaria para determinar el cumplimiento a la obligación de notificar una concentración prevista en el artículo 133 de las DRLFCE.

QUINTO. El doce de septiembre de dos mil dieciocho, el ST emitió el ACUERDO DE INICIO mediante el cual, entre otras cuestiones: (i) se dio vista a LALA, INNOVACIÓN, SDEP, NESTEC y NESTLÉ para que en el término de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que surtiera efectos la notificación del acuerdo, manifestaran lo que a su derecho conviniera y ofrecieran los medios de prueba que estimaran convenientes; y (ii) se requirió a dichos agentes para que presentaran diversos estados financieros y declaraciones anuales de impuestos, a efecto de que esta COFECE, en su caso, pudiera verificar su capacidad económica.¹⁸

SEXTO. El veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho ante la COFECE se presentó el ESCRITO DE LALA y el ESCRITO DE NESTLÉ mediante los cuales dichos agentes realizaron diversas manifestaciones respecto del ACUERDO DE INICIO y ofrecieron diversas pruebas. Asimismo, el veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho se presentó el ESCRITO DE INNOVACIÓN mediante el cual también realizó manifestaciones y ofreció diversas pruebas.¹⁹

SÉPTIMO. El cinco de octubre de dos mil dieciocho, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo mediante el cual, entre otras cuestiones: (i) tuvo por presentados el ESCRITO DE NESTLÉ, el ESCRITO DE LALA y el ESCRITO DE INNOVACIÓN y por hechas las manifestaciones contenidas en los mismos; (ii) se tuvo por precluido el derecho de SDEP y NESTEC para realizar manifestaciones y ofrecer pruebas, toda vez que transcurrió el plazo otorgado en el ACUERDO DE INICIO para esos efectos sin

¹³ Folios 340 a 348.

¹⁴ Folios 437 y 438.

¹⁵ Folios 1355 a 1360.

¹⁶ Folios 2095 y 2096.

¹⁷ Folios 2097 a 2162.

¹⁸ Folios 2198 a 2227.

¹⁹ Folios 2261 a 2787.

que lo hayan hecho; (iii) y se admitieron y desecharon diversas pruebas ofrecidas por NESTLÉ, LALA e INNOVACIÓN.²⁰

OCTAVO. El diez de octubre de dos mil dieciocho compareció en el domicilio de esta COFECE, para ratificar el nombramiento y protesta del encargo, el perito en materia de Actuaría designado por NESTLÉ.²¹ Asimismo, el once de octubre de dos mil dieciocho compareció en el domicilio de esta COFECE, para ratificar el nombramiento y protesta del encargo, el perito en materia de Contabilidad designado por NESTLÉ.²² En virtud de lo anterior, el dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo mediante el cual, entre otras cuestiones, tuvo por ratificados los nombramientos y protestado los encargos de los peritos.²³

El veinticuatro y veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, NESTLÉ solicitó prórroga por un plazo adicional de quince días hábiles para que los peritos designados por la misma rindieran los respectivos dictámenes ofrecidos.²⁴ En consecuencia, el veintiséis de octubre de dos mil dieciocho, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo mediante el cual, entre otras cuestiones, se concedió a los peritos designados por NESTLÉ un plazo adicional de quince días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a que venciera el plazo original para que rindieran sus dictámenes respectivos.²⁵

El treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, el PERITO 1 rindió su dictamen pericial.²⁶ El dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho la titular de la DGAJ emitió un acuerdo por medio del cual, entre otras cuestiones, tuvo por presentado en tiempo el dictamen pericial de PERITO 1 y por desahogada la prueba pericial en materia actuarial.²⁷

El veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho, el PERITO 2 rindió su dictamen pericial.²⁸

Mediante escrito presentado el catorce de enero de dos mil diecinueve, NESTLÉ desahogó el requerimiento formulado en el acuerdo de trece de diciembre de dos mil dieciocho, mediante el cual se le solicitó que aclarara diversas cuestiones del dictamen pericial del PERITO 2.²⁹

Asimismo, el veintidós de enero de dos mil diecinueve, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo por medio del cual, entre otras cuestiones, tuvo por presentado en tiempo el dictamen pericial del PERITO 2 y por desahogada la prueba pericial en materia contable.³⁰

NOVENO. El veintidós de enero de dos mil diecinueve, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo por medio del cual, al no existir pruebas pendientes de desahogo, concedió a los agentes económicos un

²⁰ Folios 2788 a 2796.

²¹ Folios 2803 a 2807.

²² Folios 2808 a 2812.

²³ Folio 2813.

²⁴ Folios 2814 a 2816 y 2820 a 2822.

²⁵ Folios 2823 y 2824.

²⁶ Folios 2833 a 2850.

²⁷ Folios 2859 y 2860.

²⁸ Folios 2863 a 2879.

²⁹ Folios 2890 a 2892.

³⁰ Folios 3168 a 3169.

plazo de cinco días hábiles para que formularan sus alegatos por escrito.³¹ Dicho acuerdo se notificó por lista el veintitrés de enero de dos mil diecinueve.

El treinta de enero de dos mil diecinueve, NESTLÉ presentó en la oficialía de partes de la COFECE su escrito de alegatos.³²

El seis de febrero dos mil diecinueve, la titular de la DGAJ emitió un acuerdo en el que: (i) tuvo por presentado en tiempo los alegatos de NESTLÉ; (ii) tuvo por precluido el derecho de LALA, INNOVACIÓN, SDEP y NESTEC para presentarlos y, (iii) se tuvo por integrado el EXPEDIENTE a partir de la misma fecha.³³

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA. El Pleno de la COFECE es competente para resolver el presente asunto, de conformidad con los artículos citados en el proemio de la presente resolución.

SEGUNDA. De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la CPEUM, la COFECE tiene a su cargo la prevención de concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. Asimismo, está facultada para impugnar y sancionar aquellas concentraciones y actos jurídicos derivados de éstas, cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. Por ende, podrá autorizar las concentraciones que no sean contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia en términos de la LFCE.

El artículo 20 de la LFCE 2012 establece los supuestos en los cuales se debe notificar ante la COFECE la intención de realizar una concentración, antes de que ésta se lleve a cabo, tal y como se aprecia del texto siguiente:

“I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en la República, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyos activos anuales en la República o ventas anuales originadas en la República importen más del equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; o

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en la República de activos o capital social superior al equivalente a 8.4 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.”

De acuerdo con el artículo 18 del RLFCE, los agentes económicos deben notificar la concentración a que se refiere el artículo 20 de la LFCE 2012 antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:

³¹ Ídem.

³² Folios 3179 a 3197.

³³ Folio 3200.

“I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;

II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro agente económico;

III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los agentes económicos involucrados, o

IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en dicho artículo. [...]

Los actos realizados en contravención a este artículo no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal de los agentes económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución.”

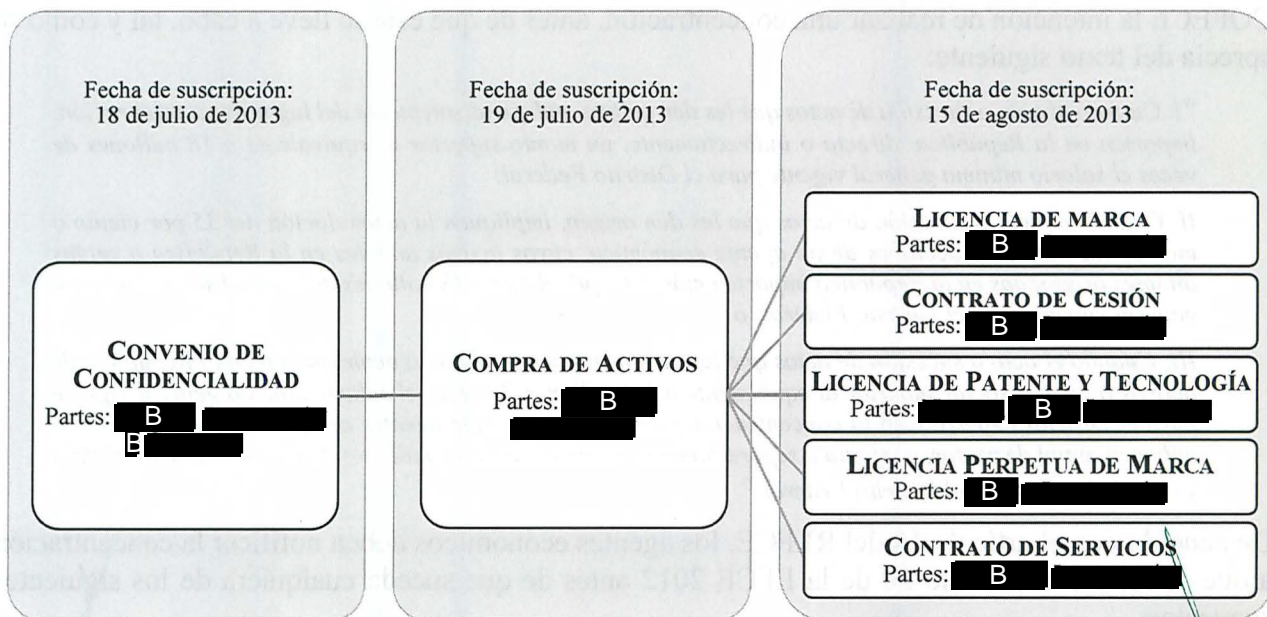
TERCERA. En el ACUERDO DE INICIO se señalaron los elementos que a continuación se sintetizan:

3.1. Hechos

Entre julio y agosto de dos mil trece, NESTLÉ, a través de SDEP y NESTEC, y LALA, a través de sus subsidiarias INNOVACIÓN y [A], firmaron diversos contratos o convenios [B]

[REDACTED], operación que se ilustra en el siguiente esquema:

Esquema 1: Contratos suscritos como parte de la operación



Respecto de dichos contratos o convenios se precisa lo siguiente:

3.1.1. CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD

Este convenio fue suscrito entre [REDACTED] B con el objeto de [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [...]"³⁴

3.1.2. COMPRA DE ACTIVOS

Este contrato fue suscrito entre [REDACTED] B, con el
objeto de [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]³⁶

Por la transmisión de los activos y la cesión de los contratos, [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED] Esa fecha tendría lugar originalmente

³⁴ Folio 511.

³⁵ El numeral 1.1. del artículo I de la COMPRA DE ACTIVOS define a estos productos conforme a lo siguiente: [REDACTED] B

" Folio 1135.

³⁶ Al respecto, el numeral 2.1 del artículo II de la COMPRA DE ACTIVOS define los activos adquiridos de la siguiente manera: [REDACTED] B

B

[...]" Folio 1135.

Eliminado: quinientas cincuenta y nueve palabras

[REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 39

3.1.3. LICENCIA DE MARCA

Este convenio fue suscrito entre [REDACTED] B [REDACTED] con el
objeto de [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 43

Entre las obligaciones pactadas por las partes en este convenio se encuentran las siguientes:⁴⁴

- (i) [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
- (ii) [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]
- (iii) [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
- (iv) [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]

Eliminado: noventa palabras

³⁷ Véanse los artículos III y X de la COMPRA DE ACTIVOS, folio 1135.

³⁸ Folios 469 y 470 y 1135.

³⁹ Numerales 10.2 y 10.3 del artículo X y 1.1 del artículo I de la COMPRA DE ACTIVOS.

⁴⁰ El anexo 2.1 (a) de la LICENCIA DE MARCA contempla las [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] Folio 581.

⁴¹ El anexo 2.1 (b) de la LICENCIA DE MARCA contempla [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] Folios 582 a 584.

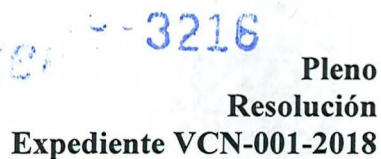
⁴² El anexo 2.1 (c) de la LICENCIA DE MARCA contempla [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] Folio 585.

⁴³ Artículo IV de la LICENCIA DE MARCA, folios 559 y 1135.

⁴⁴ Artículos II y V a IX de la LICENCIA DE MARCA, folios 555 a 571, y 1135.

AM
4

100



B

(i)

B

(ii)

B

(iii)

B

E

B

E

”. Folio 1135.

Eliminado: cuatrocientas sesenta y dos palabras

(iv) B

(v) B

La vigencia de este contrato B

3.1.6. LICENCIA PERPETUA DE MARCA

Este contrato fue suscrito entre B, con el
objeto de B

Entre las obligaciones pactadas por las partes se encuentran las siguientes:

(i) B

(ii) B

(iii) B

(iv) B B

B

⁵¹ Folios 292, 538 y 1135.

⁵² Folio 292, 543 y 1135.

⁵³ Tal como se detalla en el Anexo A de la LICENCIA DE MARCA. Folio 529.

AB9

luy



(i) B

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 58

(iii) [REDACTED] B [REDACTED]

[illegible]

Eliminado: seiscientos treinta y dos palabras

	B			B	

- (i) B
- II

Tomando en cuenta el contenido de dicha cláusula, las partes establecieron B, las cuales ascenderían a la cantidad de B que se realizó a la firma de la LICENCIA DE MARCA B. Lo anterior permite advertir que se pactaron regalías por la licencia de las marcas por, al menos, un monto total de B.

Lo anterior se refuerza al observar la declaración de B presentada por NESTLÉ, mediante la cual exhibe información relativa a B ha recibido desde la firma del contrato y hasta el cinco de junio de dos mil dieciocho. En dicho documento se observa que las cantidades que B ha recibido por concepto de B para los años dos mil catorce a dos mil diecisiete coincide con los valores mínimos calculados con anterioridad.⁵⁹

Adicionalmente, conforme a lo acordado en la COMPRA DE ACTIVOS, B

Como se muestra en la **Tabla 2** siguiente y conforme a lo anteriormente expuesto, se observa que B

⁵⁹ Folios 1228 y 1229. En el ACUERDO DE INICIO se indica que únicamente existe una diferencia de treinta y dos centavos.

Mexicana ascendió, al menos, a [REDACTED] B [REDACTED] cantidad superior a 18 (dieciocho) millones de veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal de dos mil trece, equivalente a \$1,165,680,000.00 (mil ciento sesenta y cinco millones seiscientos ochenta mil pesos 00/100 M.N.). Por lo tanto, en el ACUERDO DE INICIO se indica que dicha operación debió ser notificada antes de su perfeccionamiento.

Asimismo, se indica que, [REDACTED] B [REDACTED], las partes tenían conocimiento, desde la firma del acto o sucesión de actos que le dieron origen a la operación, de que, aun en el escenario más conservador ([REDACTED] B [REDACTED]), el valor de la operación dentro de la República, directa o indirectamente, era superior al umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

De esta manera, las partes tendrían que haber notificado la concentración antes de que se perfeccionara el último de sus actos, es decir, a la entrada en vigor de la LICENCIA DE MARCA. De tal forma, la concentración, en términos de lo establecido en el artículo 18 de la RLFCE, debería haber sido notificada antes del quince de agosto de dos mil trece.

Por lo anterior, en el ACUERDO DE INICIO se concluye que existen elementos objetivos que podrían implicar la existencia de una probable omisión a la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, en incumplimiento de lo establecido en los artículos 20 de la LFCE 2012, 18, fracción IV, y 19 del RLFCE.

CUARTA. MANIFESTACIONES DE LOS AGENTES ECONÓMICOS

Agentes económicos que no dieron contestación al ACUERDO DE INICIO

En el ACUERDO DE INICIO⁶³ se ordenó notificar personalmente a SDEP y a NESTEC en el domicilio⁶⁴ que dichos agentes señalaron dentro de los procedimientos que obran en los expedientes CNT-008-2015 y CNT-118-2016, y que dicha diligencia se entendiera con el representante legal señalado en esos expedientes. Esto debido a que se trata de sociedades extranjeras que formaron parte de la operación analizada.

El doce de septiembre de dos mil dieciocho, los servidores públicos adscritos a la Secretaría Técnica se apersonaron en el domicilio referido a efecto de llevar a cabo la notificación del ACUERDO DE INICIO. Toda vez que ningún representante legal de dichas sociedades respondió a la notificación, se dejó el citatorio correspondiente. Al día siguiente, y al no haber sido atendidos por persona alguna, se procedió a realizar la notificación respectiva en términos del artículo 170 de las DRLFCE.

⁶³ En dicho acuerdo se señaló lo siguiente: "Considerando el contenido de las constancias integradas al presente expediente mediante acuerdo de veinticuatro de agosto de dos mil dos mil dieciocho emitido por la DGAJ, de las que se desprende que SDEP y NESTEC, en otros expedientes, han señalado ante esta Comisión el mismo domicilio y representante legal que NESTLÉ señaló en este expediente, con fundamento en el artículo 122 de la LFCE se ordena que la notificación de este acuerdo se realice a SDEP y NESTEC en ese domicilio y se entienda con dicho representante legal".

⁶⁴ A saber: Edificio Plaza Reforma, Prolongación Paseo de la Reforma número 600-101B, colonia Santa Fe Peña Blanca, Ciudad de México, código postal 01210.



“[...] Nestlé manifiesta que el Acuerdo de Vista le fue notificado por instructivo el pasado 13 de septiembre de 2018, en el domicilio procesal que se señaló en el presente expediente. Dicha diligencia intentó asimismo notificar a SdeP y a Nestec, sociedades suizas. Sin embargo, se deja constancia que dichas sociedades no tienen constituido domicilio en el domicilio procesal del expediente, ni la representante de Nestlé que suscribe cuenta con poder para representar a esas empresas suizas. Por así convenir a la defensa de Nestlé, cuando sea pertinente, en la presente respuesta Nestlé realizará algunas manifestaciones relacionadas con las emplazadas en general [...]”.⁶⁵

“[...] toda vez que del estado procesal que guarda el presente expediente se advierte que feneció el plazo de cinco días hábiles concedido en el ACUERDO DE INICIO para que SDEP y NESTEC realizaran manifestaciones y ofrecieran pruebas, sin que lo hayan hecho,⁶⁶ se tiene por precluido su derecho, para todos los efectos legales a que haya lugar [...]”⁶⁷

[i] Dichas sociedades han reconocido formar parte del mismo grupo de interés económico en el presente procedimiento, así como en diversos.⁶⁸

[ii] En las manifestaciones realizadas por NESTLÉ durante el procedimiento, dicho agente reconoció que SDEP y NESTEC formaron parte de la operación, mediante la firma de diversos contratos.⁶⁹

[iii] Aun cuando la titularidad de las marcas objeto de la operación pertenecía a [REDACTED] B [REDACTED], NESTLÉ manifestó que fue dicha sociedad quien analizó las otras alternativas posibles a la presente operación.⁷⁰

⁶⁶ El pie de página correspondiente señala: “El ACUERDO DE INICIO fue notificado por instructivo, previo citatorio, a SDEP y NESTEC el trece de septiembre de dos mil dieciocho y surtió sus efectos el catorce siguiente, por lo que el plazo de cinco días comenzó a correr a partir del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho y feneció el veintiuno de septiembre de ese mismo año; lo anterior, previo descuento de los días inhábiles, en términos del artículo 115 de la LFCE y el CALENDARIO”.

⁹⁸ Al respecto, NESTLÉ, SDEP y NESTEC realizaron diversas manifestaciones de las cuales es posible considerarlos como parte de un mismo grupo de interés económico, como se desprende de los folios 683 y 689, 1135 [REDACTED] B [REDACTED] de este expediente, así como en el folio 5 del expediente CNT-008-2015, mismo que constituye un hecho notorio en términos del artículo 100 de las DRLFCE.

⁶⁹ Al respecto, en el escrito presentado el veintiséis de junio de dos mil dieciocho, señaló lo siguiente: “[...] B [...]” Folio 689.

70 En el ESCRITO DE NESTLÉ se señaló que [REDACTED] B [REDACTED] B

[iv] B firmó la COMPRA DE ACTIVOS, en la cual se acordó que, B

[v] Como parte del cumplimiento de la COMPRA DE ACTIVOS, B

[vi] Asimismo, sirve de apoyo el criterio “DOMICILIO DEL DEMANDADO. CONSTITUYE UN HECHO NOTORIO EL QUE SE DESPRENDE DE DIVERSO EXPEDIENTE, O BIEN, EL QUE SE ENCUENTRE EN ALGUNA BASE DE DATOS A QUE TIENE ACCESO LA AUTORIDAD LABORAL”,⁷³ del que se desprende que la autoridad “[...] debe gestionar lo necesario para lograr la notificación de la demanda, esto es, puede allegarse de los datos que se advierten de otro expediente que se tramita ante ella, entre los que se encuentra el domicilio del demandado [...]”.⁷²

Lo anterior motivó la determinación contenida en el ACUERDO DE INICIO a efecto de llevar a cabo la notificación de este a SDEP y NESTEC en el domicilio antes referido.

En mérito de lo anterior, toda vez que el ACUERDO DE INICIO, como acto administrativo, reviste una presunción de validez y legalidad, la cual debe ser destruida por los particulares a través de los medios que en derecho correspondan, en este caso la vista prevista en el artículo 119, fracción I, de las DRLFCE, se tienen por no controvertidas las conclusiones contenidas en el ACUERDO DE INICIO para efectos de SDEP y NESTEC. Lo cual será tomado en consideración en el capítulo de acreditación de la conducta y sanción de la presente resolución.

Consideraciones previas al análisis de los argumentos en desahogo a la vista ordenada mediante el ACUERDO DE INICIO

Previo al análisis de los argumentos presentados por los agentes económicos, se indica que no se transcriben de forma literal las manifestaciones y argumentos que exponen, ni se atiende al estricto orden expuesto, toda vez que éstos han sido agrupados conceptualmente con el objeto de exponer de mejor manera las líneas de argumentación.⁷⁴ Asimismo, se precisa lo siguiente en relación con su calificación:

B
B. Folio 682.

⁷¹ Este contrato fue suscrito B el diecinueve de julio de dos mil trece, y en el mismo se pactó celebrar: B

B Folio 1135.

⁷² En los antecedentes de dichos convenios se señaló que se celebraban con motivo de la COMPRAVENTA DE ACTIVOS. Folios 1135.

⁷³ Tesis: I.3o.T.218 L, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 164791, Tribunales Colegiados de Circuito Tomo XXXI, abril de 2010 Pag. 2728, Tesis Aislada (Laboral).

⁷⁴ De conformidad con diversos criterios del PJJ, al realizar el estudio de los argumentos, no es obligatorio analizarlos en la forma o estructura en que se presenten, ya que lo importante es que se examinen todos los puntos controvertidos. Sirven de apoyo, por analogía, los criterios que a continuación se citan: (i) “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, está es,

Eliminado: doscientas doce palabras

Manifestaciones gratuitas, abstractas o generales y negación lisa y llana. Diversos fragmentos de los escritos de contestación presentados por LALA, INNOVACIÓN y NESTLÉ contienen manifestaciones genéricas y gratuitas o manifestaciones que niegan de forma lisa y llana los hechos y elementos referidos a lo largo del ACUERDO DE INICIO, sin que en realidad se establezcan argumentos lógico-jurídicos o se especifiquen las situaciones que sustentan esas manifestaciones. En este sentido, cuando lo señalado por tales agentes económicos tenga esas características se entenderá que resultan aplicables, por analogía, los siguientes criterios judiciales:

“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 por qué 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”.⁷⁵

“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 [énfasis añadido]”.⁷⁶

Por ende, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los argumentos que se contesten en donde se exponga que los mismos resultan **gratuitos**, cuando se señale que constituyen **afirmaciones generales o abstractas** y cuando se indique que se trata de

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”. Registro: 241958. [J]; 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; 48 Cuarta Parte; Pág. 15; y (ii) “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 pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma”. Registro: 196477; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; VII, abril de 1998; pág. 599; VI.2o. J/129.

⁷⁵ Registro: 185425; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XVI, diciembre de 2002; pág. 61. 1a./J. 81/2002.

⁷⁶ Registro: 191,370; 9a Época. TCC. [J]. Tomo XII. agosto de 2000. Tesis: I.6o.C. J/21. Pág. 1051.

una **negación lisa y llana** del contenido del ACUERDO DE INICIO. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Manifestaciones que no combaten el ACUERDO DE INICIO. Diversos argumentos que realizan LALA, INNOVACIÓN y NESTLÉ no controvierten las razones y argumentos sostenidos en el ACUERDO DE INICIO, debido a que se refieren a situaciones que no formaron parte de los pronunciamientos del mismo. Cuando lo señalado por los agentes económicos tenga esa característica se entenderá que resultan aplicables por analogía los siguientes criterios:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES SI NO ATACAN LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO RECLAMADO. Si los conceptos de violación no atacan los fundamentos del fallo impugnado, la Suprema Corte de Justicia no está en condiciones de poder estudiar la inconstitucionalidad de dicho fallo, pues hacerlo equivaldría a suplir las deficiencias de la queja en un caso no permitido legal ni constitucionalmente, si no se está en los que autoriza la fracción II del artículo 107 reformado, de la Constitución Federal, y los dos últimos párrafos del 76, también reformado, de la Ley de Amparo, cuando el acto reclamado no se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte, ni tampoco se trate de una queja en materia penal o en materia obrera en que se encontrare que hubiere habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo hubiera dejado sin defensa, ni menos se trate de un caso en materia penal en que se hubiera juzgado al quejoso por una ley inexactamente aplicable”;⁷⁷

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDIENTES 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”;⁷⁸

Por ello, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los argumentos que se contesten en donde se exponga que los mismos **no combaten** las consideraciones y razonamientos en que se sustenta el ACUERDO DE INICIO. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Manifestaciones basadas en premisas falsas o incorrectas. En algunas de sus manifestaciones LALA, INNOVACIÓN y NESTLÉ realizan señalamientos que se basan en premisas erróneas. Cuando lo señalado por los agentes económicos tenga esas características se entenderá que resulta aplicable por analogía el siguiente criterio:

“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE SUSTENTAN EN PREMISAS FALSAS. Los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin

⁷⁷ Registro: 269435; [J]; 6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; CXXVI, Cuarta Parte; pág. 27.

⁷⁸ Registro: 188864; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XIV, septiembre de 2001; pág. 1147. I.6o.C. J/29.

*práctico conduciría su análisis y calificación, pues al partir de una suposición que no resultó verdadera, su conclusión resulta ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida”.*⁷⁹

Así, deberá entenderse que dicha tesis se inserta a la letra en cada una de las respuestas a los argumentos que se contesten en donde se exponga que los mismos se basan en **premisas falsas**. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Manifestaciones que no combaten la totalidad de las razones del ACUERDO DE INICIO. Diversas manifestaciones de LALA, INNOVACIÓN y NESTLÉ sólo combaten de forma parcial las razones y argumentos sostenidos en el ACUERDO DE INICIO. En este sentido, cuando lo señalado por los agentes económicos tenga esas características se entenderá que resultan aplicables por analogía los siguientes criterios:

“AGRAVIOS INOPERANTES. SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN TODAS LAS CONSIDERACIONES CONTENIDAS EN LA SENTENCIA RECURRIDA. Ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los agravios son inoperantes cuando no se combaten todas y cada una de las consideraciones contenidas en la sentencia recurrida. Ahora bien, desde la anterior Tercera Sala, en su tesis jurisprudencial número 13/90, se sustentó el criterio de que cuando el tribunal de amparo no ciñe su estudio a los conceptos de violación esgrimidos en la demanda, sino que lo amplía en relación a los problemas debatidos, tal actuación no causa ningún agravio al quejoso, ni el juzgador de amparo incurre en irregularidad alguna, sino por el contrario, actúa debidamente al buscar una mejor y más profunda comprensión del problema a dilucidar y la solución más fundada y acertada a las pretensiones aducidas. Por tanto, resulta claro que el recurrente está obligado a impugnar todas y cada una de las consideraciones sustentadas por el tribunal de amparo aun cuando éstas no se ajusten estrictamente a los argumentos esgrimidos como conceptos de violación en el escrito de demanda de amparo [énfasis añadido]”.

⁸⁰

“REVISIÓN CONTRA RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AGRAVIOS INOPERANTES. Si la Sala Fiscal, en cumplimiento con lo ordenado por el segundo párrafo del artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, examina todos y cada uno de los conceptos de nulidad que se hacen valer por omisión de formalidades o violaciones de procedimiento, estimando fundados unos e infundados otros, y las autoridades recurrentes no combaten la totalidad de los razonamientos conforme a los cuales se consideran fundados diversos conceptos de nulidad, ello implica que los agravios sean inoperantes, por insuficientes, ya que con independencia de lo correcto o incorrecto de los mismos, lo cierto es que al no desvirtuar sendas consideraciones como cada una por separado, es suficiente para apoyar la legalidad de la sentencia impugnada, ésta queda firme pues no se demuestra la ilegalidad de los motivos y fundamentos que la sostienen, y de ahí que devengan inoperantes los agravios que en su contra se hagan valer [énfasis añadido]”.

⁸¹

Así, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los argumentos que se contesten en donde se exponga que **no se combate la totalidad de las razones** que sustentan el ACUERDO DE INICIO. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Todos los supuestos anteriores constituyen manifestaciones que deben calificarse de **inoperantes** debido a que se actualiza algún impedimento técnico que imposibilita el examen del planteamiento efectuado, lo cual deriva de situaciones como la falta de afectación a quien la realiza, la omisión de

⁷⁹ Registro: 2001825; [J]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XIII, octubre de 2012; Tomo 3; pág. 1326. 2a./J. 108/2012 (10a.).

⁸⁰ Registro: 159947; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XIII, octubre de 2012; Tomo 2; pág. 731. 1a./J. 19/2012 (9a.).

⁸¹ Registro: 188962; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XIV, agosto de 2001; pág. 1110. V.2o. J/54.

la expresión precisa de los mismos, su formulación material incorrecta o el incumplimiento de las condiciones atinentes a su contenido, lo cual puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen el ACUERDO DE INICIO; y b) en caso de reclamar contravención a las normas del procedimiento, al omitir manifestar que se hubiese dejado sin defensa a los agentes económicos señalados, o su relevancia en el dictado del ACUERDO DE INICIO; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida a esta COFECE el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza del procedimiento y del órgano que resuelve. Por tanto, respecto de dichas manifestaciones adicionalmente deberá entenderse aplicable el siguiente criterio judicial:

“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 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”⁸².

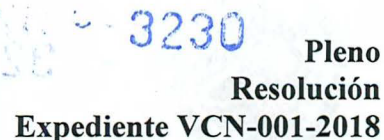
De esta manera, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a las manifestaciones que se contesten en donde se exponga que los mismos son **inoperantes**. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Con tales consideraciones, se procede al análisis de los argumentos presentados por NESTLÉ, LALA e INNOVACIÓN en sus escritos de manifestaciones presentados en desahogo a la vista ordenada mediante el ACUERDO DE INICIO.

Análisis de los argumentos

4.1 De la responsabilidad de LALA

⁸² Registro: 166031; [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXX, noviembre de 2009; pág. 424. 2a./J. 188/2009.



En el Reporte Anual 2014 a la Bolsa Mexicana de Valores, manifestó que en agosto de dos mil trece su subsidiaria INNOVACIÓN, celebró un contrato de licencia con SDEP, es decir un acto jurídico de tracto sucesivo, por un periodo de veinte años para fabricar y distribuir los productos de esta marca en la categoría de refrigerados en México.

La ST no vierte argumento alguno por el cual yo pudiera tener legitimación pasiva en la causa, pues lo único que dice sobre mí se contiene en una nota al pie, en la que se dice “LALA es controladora de INNOVACIÓN (...)” y esa situación mercantil y societaria, evidentemente, no es causa ni razón suficiente para que se me acuse de “la existencia de una probable obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse”.

Los argumentos se consideran **fundados** y **suficientes** para resolver que LALA no tenía obligación legal de notificar la operación que motivó el inicio del presente expediente, de conformidad con las razones que se exponen a continuación.

[illegible]

Por su parte, del análisis realizado a los contratos y convenios que actualizaron la operación que nos ocupa, se evidenció que en todo caso fueron suscritos por NESTLÉ, SDEP, NESTEC e INNOVACIÓN, y en ninguno de ellos figuró LALA.⁸⁴

Si bien de las constancias que integran el expediente es posible advertir que INNOVACIÓN es subsidiaria de LALA, hecho que incluso es reconocido por LALA en su escrito de manifestaciones al ACUERDO DE INICIO, lo cierto es que ese solo hecho, por sí mismo, no es motivo suficiente para

⁸⁴ Visible en la Tabla 1. Del ACUERDO DE INICIO. Folios 2203 y 2204.

considerar que LALA tenía la obligación de notificar la operación materia del presente expediente, puesto que, en efecto, fueron suscritos por NESTLÉ, SDEP, NESTEC e INNOVACIÓN, y en ninguno de ellos figura LALA.

Lo anterior es así, ya que en términos del artículo 19 del RLFCE, los obligados a notificar una concentración deben ser “los agentes económicos que participen directamente en la misma [énfasis añadido]” o bien, “el fusionante, el que adquiera el control de las sociedades o asociaciones, o el que pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales, participación en fideicomisos o activos objeto de la transacción [énfasis añadido]”. De ahí que su argumento sea **fundado y suficiente** para considerar que LALA no tenía obligación de notificar la operación materia del presente expediente.

En virtud de que los argumentos analizados resultan **fundados**, se considera que no es necesario entrar al estudio, análisis y valoración del resto de sus argumentos, así como de los argumentos de INNOVACIÓN⁸⁵ que señalan que actuó a nombre y por cuenta propios, y no a nombre y cuenta de un tercero, únicamente por cuanto hace a LALA,⁸⁶ así como de las pruebas ofrecidas durante la dilación probatoria, pues esto resultaría ocioso toda vez que el análisis de éstos no cambiaría las conclusiones antes apuntadas.

4.2 Supuestas violaciones procesales

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:⁸⁷

En el acuerdo “CUARTO” del ACUERDO DE INICIO, la autoridad ordena dar inicio al procedimiento a que se refiere el artículo 133, fracción I, de las DRLFCE, ya que existen elementos sobre la existencia de una omisión a la obligación de notificar la

⁸⁵ Páginas 8 a 11 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

⁸⁶ En apoyo se cita la jurisprudencia P./J. 3/2005 con número de registro 179367, emitida en la novena época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 37/2003-PL, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, febrero de 2005, a página 5, bajo el rubro: “**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.** De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes. Por tanto, deberá quedar al prudente arbitrio del órgano de control constitucional determinar la preeminencia en el estudio de los conceptos de violación, atendiendo a la consecuencia que para el quejoso tuviera el que se declararan fundados. Con lo anterior se pretende privilegiar el derecho contenido en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en garantizar a los ciudadanos el acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia, esto es, que en los diversos asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de amparo se diluciden de manera preferente aquellas cuestiones que originen un mayor beneficio jurídico para el gobernado, afectado con un acto de autoridad que al final deberá ser declarado inconstitucional.”

En igual sentido es aplicable la jurisprudencia por reiteración VI.2o.A. J/9 con número de registro 176398, emitida en la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, enero de 2006, visible a página 2147, bajo el rubro: “**AGRAVIOS EN LA REVISIÓN FISCAL. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO.** Si del análisis de uno de los agravios se advierte que éste es fundado y suficiente para revocar la sentencia dictada por la Sala a quo, es innecesario que en la ejecutoria correspondiente se analicen los restantes agravios que se hicieron valer en el escrito de revisión, pues ello a nada práctico conduciría si de cualquier manera el fallo recurrido ha de quedar insubsistente en virtud del agravio que resultó fundado.”

⁸⁷ Páginas 16, 17 y 23 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

concentración. No reconozco y objeto la aplicabilidad de las normas invocadas, particularmente aquellas expedidas con posterioridad a la operación cuya aplicación en perjuicio se intenta en forma retroactiva.

Por cuanto al “SEXTO” acuerdo del ACUERDO DE INICIO, el requerimiento que se me pide resulta improcedente pues el Pleno tiene elementos suficientes para no sancionarme.

Por lo demás, en virtud de la aplicabilidad de las leyes en el tiempo, considerando que la operación se celebró bajo la vigencia de la LFCE 2012 y sus disposiciones reglamentarias, no es aplicable en mi perjuicio disposición alguna expedida con posterioridad, por lo que la competencia de la autoridad oficiante en el EXPEDIENTE y la aplicabilidad del artículo 133 de las DRLFCE resulta indebida.

Lo anterior resulta infundado.

Los hechos materia del procedimiento ocurrieron entre julio y agosto de dos mil trece, por lo que las normas sustantivas aplicables son las previstas en la LFCE 2012 y el RLFCE, debido a que constituyen los ordenamientos que contenían las disposiciones relacionadas con la obligación de notificar una concentración, tales como la definición de concentración, los umbrales y el momento en que debe ser notificada.

De acuerdo con el artículo séptimo transitorio⁸⁸ del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el DOF el once de junio de dos mil trece, a partir del día siguiente a su publicación y hasta el diez de septiembre del mismo año, fecha en que fue integrada la Comisión Federal de Competencia Económica, la extinta Comisión Federal de Competencia se mantuvo en funciones conforme el marco vigente, esto es la LFCE 2012 y el RLFCE.

Precisamente en este periodo fue cuando tuvieron lugar los hechos materia de este procedimiento, motivo por el cual, la obligación de notificar y sus términos se encontraban previstas en la LFCE 2012 y el RLFCE; sin embargo, las facultades procesales de verificación de dichas obligaciones se materializaron hasta el doce de marzo de dos mil dieciocho, fecha en que se ordenó la formación del EXPEDIENTE.

Dado que el presente procedimiento inició bajo la vigencia de la LFCE (marzo de dos mil dieciocho), no es posible iniciar una instancia procesal prevista en la LFCE 2012, aun cuando los hechos hayan tenido lugar durante su vigencia (julio a agosto de dos mil trece). Esto en atención a que el artículo segundo transitorio⁸⁹ de la LFCE establece que únicamente los procedimientos que ya se encontraran

⁸⁸ “En tanto se integran los órganos constitucionales conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, continuarán en sus funciones, conforme al marco jurídico vigente a la entrada en vigor del presente Decreto, los órganos desconcentrados Comisión Federal de Competencia y Comisión Federal de Telecomunicaciones.”

⁸⁹ “Los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Decreto, se sustanciarán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio, ante las unidades administrativas que establezca el estatuto orgánico emitido conforme al transitorio siguiente. Las resoluciones que recaigan en dichos procedimientos sólo podrán ser impugnadas mediante el juicio de amparo, conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

en trámite a la entrada en vigor de dicho ordenamiento (siete de julio de dos mil catorce) podrían seguir tramitándose en los términos de las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

Aun cuando el artículo 133 de las DRLFCE no se encontraba vigente al momento en que tuvo lugar el cierre de la concentración, de acuerdo con los ordenamientos vigentes al inicio del procedimiento, el mecanismo procesal para ventilar estas cuestiones es el establecido en tal dispositivo, debido a que la existencia de un derecho procesal o una expectativa del mismo se encuentra sujeta a que el procedimiento hubiera iniciado durante la vigencia del ordenamiento correspondiente.

Debido a que las atribuciones correspondientes no fueron ejercidas durante la vigencia de la LFCE 2012 y el RLFCE, no es dable considerar que INNOVACIÓN contaba con un derecho o una expectativa relacionada a los derechos procedimentales establecidos en tales ordenamientos. En el caso concreto, las atribuciones de esta COFECE fueron ejercidas una vez que la LFCE 2012 perdió su vigencia, por lo que, los mecanismos procesales aplicables son aquellos vigentes al momento del inicio del mismo.

Ello también es acorde con la teoría de la vigencia de las normas y el principio de irretroactividad previsto en el artículo 14 de la CPEUM, que indican que los procedimientos deben regirse por las normas procesales vigentes al momento en que éstos se practican,⁹⁰ mientras que las conductas y

⁹⁰ Sirven de apoyo los siguientes criterios judiciales: “*RETROACTIVIDAD DE LA NORMA JURÍDICA. HIPÓTESIS EN QUE OPERA (MATERIA FISCAL)*. Denominase retroactividad a la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un lapso anterior al de su creación. Desde el punto de vista lógico, esa figura (retroactividad) implica subsumir ciertas situaciones de derecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas; el artículo 14 constitucional establece que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, principio este que rige de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, respecto de las normas de derecho sustantivo como de las adjetivas o procesales. La aplicación retroactiva de las leyes a partir del enfoque sustantivo, se refiere a los efectos que tienen sobre situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, al constatar si la nueva norma desconoce tales situaciones o derechos al obrar sobre el pasado, lo que va contra el principio de irretroactividad de las leyes inmerso en el artículo constitucional citado; en cuanto hace a las leyes del procedimiento, éstas no pueden producir efectos retroactivos, dado que los actos de esa naturaleza se rigen por las disposiciones vigentes en la época en la que se actualizan. En ese contexto, si el contribuyente, en atención al saldo a favor que obtuvo en un año, adquirió el derecho de acreditarlo en la forma prevista por el precepto 6o. de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, vigente en esa época (contra el impuesto a su cargo que le corresponda en los meses siguientes hasta agotarlo), es incorrecto que la Sala examinara la litis, al tenor de lo que dispone el último numeral en cita, vigente en dos mil, en tanto que se aplica éste en forma retroactiva, en perjuicio de la peticionaria, al sostener que la resolución administrativa impugnada en el juicio de nulidad es válida, porque con esa conclusión se obliga a efectuar un acreditamiento que pugna contra la legislación de dos mil, cuando lo procedente es que para tal fin se atendiera a la norma en vigor durante el año en que se generó el derecho para acreditar el saldo a favor, contra el impuesto a cargo del contribuyente beneficiado, acorde con la cual podía realizarse la acreditación aludida en los meses siguientes [énfasis añadido]”. Registro: 183715; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVIII, julio de 2003; Pág. 1204. VI.2o.A.49 A; y (ii) “*RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES*. Para que una ley se considere retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, lo que no sucede con las normas procesales. En efecto, se entienden como normas procesales aquellas que instrumentan el procedimiento; son las que establecen las atribuciones, términos y los medios de defensa con que cuentan las partes para que con la intervención del Juez competente, obtengan la sanción judicial de sus propios derechos, esos derechos nacen del procedimiento mismo, se agotan en cada etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula; por lo tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento, el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o modifica lo relativo a la valoración de las pruebas, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con la que ya se contaba, por lo que debe aplicarse esta última [énfasis añadido]”. Registro: 198940; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; V, abril de 1997; Pág. 178. I.8o.C. J/1.

sus consecuencias jurídicas se rigen por las normas sustantivas vigentes al momento de la comisión del hecho, en atención al principio *tempus regit actum*.

Debido a lo anterior, no es dable considerar que nos encontramos frente a la aplicación retroactiva de una norma, pues el inicio del presente procedimiento se dio bajo la vigencia de la LFCE.⁹¹

Por cuanto hace a las objeciones formuladas por INNOVACIÓN con relación al ACUERDO DE INICIO, las mismas resultan **inoperantes** por constituir **manifestaciones genéricas**, toda vez que no desarrolla cómo es que se violentan sus derechos.

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:⁹²

Hago valer esta defensa con fundamento en los artículos 1º, 6, 23, 28 y 133 constitucionales, así como 33 de la LFCE 2012, 31 y 33 del RLFCE, y 71 y 72 del CFPC de aplicación supletoria, en virtud de que este procedimiento resulta improcedente por existir un procedimiento en trámite IO-004-2016 iniciado previamente por la AI, que versa sobre la misma operación, en el que se han formulado requerimientos a los aquí involucrados.

Al existir ante la AI el expediente IO-004-2016, cuyo presupuesto *sine qua non* es la determinación de si la operación debía notificarse o no, resulta que el EXPEDIENTE es improcedente, pues no puede tener lugar para la decisión del mismo asunto otro procedimiento.

En todo caso, es posible que con base en los artículos 71 y 72 del CFPC de aplicación supletoria, el Pleno ordene la acumulación de este procedimiento al IO-004-2016, pero lo que no es posible jurídicamente es resolverlo so pena de exponer a los involucrados a la existencia de decisiones múltiples sobre un mismo asunto, potencialmente contradictorias, pues ello vulneraría la continencia de la causa, así como exponería a las imputadas a la posibilidad de recibir múltiples sanciones por la misma causa, así como afectar la actuación de autoridades separadas dentro de la propia COFECE.

La existencia del expediente IO-004-2016 es un hecho notorio para la COFECE.

⁹¹ En apoyo se cita la tesis I.9o.C.43 C con registro 197311, emitida en la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, visible a página 691, bajo el rubro: *RETROACTIVIDAD. REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL QUE NO LA CONSTITUYEN EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO, POR SER DE NATURALEZA PROCESAL. La reforma que introdujo el artículo único del decreto publicado el 23 de septiembre de 1993, a los transitorios del decreto publicado el 21 de julio del mismo año, que a su vez reformó, entre otros, el artículo 2478 del Código Civil para el Distrito Federal, no implica una contravención a la garantía de irretroactividad que establece el artículo 14 constitucional, porque si bien el precepto citado con anterioridad forma parte de una ley de carácter sustantivo, la normatividad que contiene es materialmente adjetiva, esto es, de naturaleza procesal, ya que establece el procedimiento a que deben sujetarse las partes para dar nacimiento a la acción de terminación de una relación arrendaticia, consistente en el plazo para entregar el bien a partir del aviso previo. Razón por la cual no rige el principio de retroactividad en su aplicación, en atención a que las normas del procedimiento no pueden producir efectos retroactivos, por estar constituidas por actos sucesivos, los cuales se van rigiendo por las disposiciones vigentes en la época en que tienen verificativo.*

⁹² Páginas 7, 8, 21 y 22 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

Los argumentos de INNOVACIÓN, en cuanto a la existencia de un procedimiento diverso ante esta COFECE en el que se ventilan los mismos hechos, resultan **infundados**.

Distinto a lo que considera INNOVACIÓN, en el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, a través del cual el ST ejerció las facultades que le fueron conferidas en el artículo 133, fracción II, de las DRLFCE,⁹³ se hizo del conocimiento el medio público a través del cual tuvo conocimiento sobre la existencia de los hechos que motivaron el presente procedimiento. Dentro del listado de tales elementos no se encuentran actuaciones del expediente referido por INNOVACIÓN.⁹⁴

Aun cuando pudiera existir un expediente diverso ante la AI, los procedimientos que son tramitados por la AI mantienen una estricta confidencialidad, tal como se encuentra previsto en los artículos 26, 124 y 125 de la LFCE. A pesar de que la AI forme parte del mismo órgano constitucional autónomo, el artículo 28, párrafo vigésimo fracción V, de la CPEUM ordena una estricta separación entre la AI y el Pleno de esta COFECE, razón por la cual, este órgano de gobierno desconoce la materia de las investigaciones que se encuentran en curso dentro de la AI y, en consecuencia, no se encuentra en posibilidad de determinar que existe coincidencia entre los hechos analizados en el expediente referido por INNOVACIÓN y el expediente en que se actúa.⁹⁵

⁹³ Dichas facultades resultan congruentes con el sistema de atribuciones a cargo del ST, ya que:

i) el ST, como integrante de esta COFECE se encuentra facultado para requerir documentos e información en términos del artículo 12 de la LFCE, aunado a que el procedimiento previsto en el artículo 133 de las DRLFCE no constituye una investigación, sino un procedimiento que, a diferencia de las investigaciones de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, tiene por objeto verificar aspectos fácticos concretos y delimitados;

ii) no existe una disposición constitucional o legal que impida que se tramite un procedimiento como el establecido en el artículo 133 de las DRLFCE, para que esta COFECE determine sancionar a un agente económico por omitir notificar una concentración cuando debió hacerse; y

iii) esta COFECE se encuentra facultada para emitir disposiciones generales de carácter general para el cumplimiento de sus funciones; un ejemplo de ello son las DRLFCE, que precisamente tienen por objeto desglosar o complementar los términos previstos en la LFCE, en este caso, el procedimiento para determinar si es sancionable una omisión de notificar una concentración cuando se rebasen los umbrales previstos en la propia LFCE y otorgar debido proceso a los agentes involucrados.

⁹⁴ En el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho se indicó que las fuentes de información con base en las cuales se tenía conocimiento de los hechos materia del presente procedimiento eran el sitio de internet de la empresa "Lala", el reporte anual a la Bolsa Mexicana de Valores de Grupo Lala, S. A. B. de C. V., cuatro notas periodísticas consultables en internet y el sitio de internet de la empresa "Nestlé".

⁹⁵ De conformidad con el artículo 2 de la LFCE, la COFECE tiene por objeto "*promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*".

De ahí que los objetivos de la COFECE son, entre otros:

1. Proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas.
2. Investigar, combatir y castigar las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas.

De esta forma, esta COFECE tiene entre sus funciones realizar medidas correctivas y preventivas, las primeras tendientes a investigar las condiciones imperantes en un mercado e imponer sanciones a aquellos agentes económicos que cometen conductas anticompetitivas, tales como concentraciones ilícitas o prácticas monopólicas absolutas, y las segundas, que tienen como finalidad evitar que agentes económicos generen un daño a la libre competencia y la competencia económica, consiste esencialmente en el análisis de concentraciones y participación en procedimientos de licitación u otorgamiento de concesiones, a fin de evitar que se generen agentes económicos con ciertas características que puedan afectar el proceso de competencia y libre competencia.

Una de las expresiones de las funciones preventivas de esta COFECE se presenta con el análisis de una concentración previo a su realización. Al respecto, los artículos 86 a 92 de la LFCE establecen el procedimiento de notificación de una concentración.

Con independencia de lo anterior, se señala a INNOVACIÓN que el objeto del presente procedimiento es verificar el cumplimiento de una obligación impuesta por la LFCE, **consistente en notificar a la COFECE una concentración cuando se superan los umbrales establecidos en la propia ley**,⁹⁶

De conformidad con el artículo 20, fracciones V y VI del ESTATUTO, es el ST quien tiene dentro de sus facultades las de “Tramitar los procedimientos relativos a la notificación de concentraciones previstos en los artículos 90 y 92 de la Ley” y “Comunicar a los agentes económicos notificantes de una concentración los posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia a efecto de que presenten condiciones que permitan corregirlos”, por lo que el ST tiene dentro de sus funciones el trámite de los procedimientos de concentraciones previsto en la LFCE, de ahí que sea el ST quien sea el encargado de verificar el cumplimiento de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, procedimiento previsto en el 133, fracción II, de las DRLFCE.

Por su parte, una expresión de las funciones correctivas con que cuenta esta COFECE se presenta en los procedimientos previstos en los artículos 62 y 64, relacionados con los artículos 83 y 84 de la LFCE, que establecen un procedimiento de investigación por parte de la AI, así como un procedimiento seguido en forma de juicio, para el caso de una concentración ilícita que pudo obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

Se trae a colación el comparativo del análisis que realiza esta COFECE cuando se encuentra en presencia de la posible omisión de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, y cuando esta autoridad analiza una concentración ilícita.

En el primer caso, basta con que se encuentren elementos para sostener que existió una concentración y que la misma rebasó alguno de los umbrales previstos en el artículo 86 de la LFCE.

Por el contrario, al analizar una concentración que se presume ilícita, desde que la AI emite su dictamen de probable responsabilidad, debe analizar el mercado en el cual se desenvuelven los participantes en la operación, su participación en el mismo, la existencia de barreras, la existencia y poder de sus competidores, entre otros aspectos.

Así, mientras que al analizar la omisión de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, únicamente se sanciona el hecho de que se llevó a cabo una concentración sin la autorización de esta COFECE, aun cuando la misma pudo no haber afectado a la libre concurrencia y la competencia económica, a diferencia de que la investigación que realice la AI analizará la afectación que una concentración tuvo en un mercado determinado.

De esta manera, el trámite de los procedimientos concernientes al control de concentraciones corresponde al ST, en primer término, por la especialización con que cuenta, así como por el hecho de que la verificación al cumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, no es una de las funciones de esta COFECE en una vertiente correctiva, como la que se pretende mediante los procedimientos de la AI, más bien es una medida preventiva.

⁹⁶ El artículo 28, párrafo catorceavo, establece las finalidades atribuidas por el Constituyente a esta COFECE, señalando que “*tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*”; por su parte, la LFCE señala en su artículo 2, que dicha normativa “*tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*”.

La LFCE, contempla dentro de las facultades de esta COFECE, para cumplir con las finalidades encomendadas, las de “*requerir la exhibición de papeles, libros, documentos, archivos e información generada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, a fin de comprobar el cumplimiento de esta Ley*” y “*Solicitar o requerir, para el ejercicio de sus atribuciones, la información que estime necesaria*”, tal como lo disponen las fracciones III y XXVI del artículo 12 de la LFCE, que se encuentran contenidas en la Sección II “*De las Atribuciones de la Comisión*” de la LFCE.

El Legislador contempló que los órganos que conforman a la COFECE, para el eficaz ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, pueden allegarse de documentos e información, y no se trata de una atribución exclusiva de la AI. Incluso, el Legislador en el artículo 28, fracción II de la LFCE, concedió de forma específica a la AI de esta COFECE la atribución de “*Conducir las investigaciones sobre probables violaciones a esta Ley, para lo cual podrá requerir informes y documentos necesarios, citar a declarar a quienes tengan relación con los asuntos y, en su caso, realizar visitas de verificación [énfasis añadido]*” para el ejercicio de sus atribuciones, lo que en todo caso confirma la interpretación antes referida.

Así, se considera que la atribución de allegarse de documentos o información relevante y necesaria para determinar una posible infracción a la LFCE no es exclusiva de la AI, puesto que en términos del artículo 12 de la LFCE, esa atribución corresponde a las unidades integrantes de la COFECE que tengan por objeto cumplir con algún mandato de la LFCE.

En términos de la LFCE, la facultad de requerir información para el ejercicio de las atribuciones de la COFECE no corresponde exclusivamente a la AI, pues, tal como se desprende del artículo 12, fracción XXVI, de dicho ordenamiento, el requerimiento de información se encuentra contemplado para cualquier procedimiento o atribución. Así, dicha atribución es distinta a la establecida en

contrario a la investigación que tramita la AI en el expediente IO-004-2016, en el cual, de acuerdo con lo descrito en el extracto del acuerdo de inicio de dicho procedimiento,⁹⁷ se ventila una investigación que tiene por objeto **investigar una posible concentración ilícita que pudiera dañar el proceso de competencia y libre concurrencia.**

Respecto a la existencia de un incumplimiento al principio *non bis in idem* contenido en la CPEUM, dicho principio implica la prohibición de implementar más de un procedimiento cuando existe identidad de sujeto, hechos y fundamento legal, situación que no acontece en el presente caso, dado que, como ha sido señalado, el presente procedimiento tiene por objeto verificar la posible “*omisión de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse*” mientras que el expediente IO-004-2016 versa sobre una posible concentración ilícita que pudiera dañar el proceso de competencia y libre concurrencia, por lo tanto el fundamento legal es distinto.⁹⁸

el artículo 28, fracción II, de la LFCE, donde se establece la atribución de la AI para requerir información en las investigaciones sobre probables violaciones a la ley.

La misma LFCE, en su artículo 106, fracción II, señala la posibilidad de que el órgano encargado de la instrucción, es decir la ST, requiera información en el trámite de solicitudes de opinión formal.

Por su parte, el artículo 90, fracción III párrafo segundo, de la LFCE establece que la Comisión podrá requerir información para el análisis de concentraciones, atribución que escapa completamente de las investigaciones y naturaleza de la AI o de la investigación de una práctica anticompetitiva.

A su vez, de conformidad con los artículos 132 de la LFCE y 120 y 121 de las DRLFCE establecen la posibilidad de que se requiera información para verificar el cumplimiento a las resoluciones que emita el Pleno.

Además de la LFCE, las DRLFCE también regulan diversos procedimientos en los que se faculta al ST a requerir información, como en las solicitudes de orientación general (artículo 139) o para realizar estudios, trabajos de investigación o informes generales (artículo 152). No es la excepción, la facultad para requerir información prevista para este procedimiento en el artículo 133, fracción II de las DRLFCE.

Al encontrarse la facultad de requerir información en las fracciones III y XXVI del artículo 12 de la LFCE y encontrarse expedita la facultad de emitir disposiciones regulatorias prevista en la fracción XVII del mismo artículo, es que la COFECE puede establecer, para el cumplimiento de sus atribuciones, los procedimientos en los que se puede requerir información y, a su vez, señalar la o las áreas de la COFECE facultadas para hacerlo.

Como se puede ver, la propia LFCE permite que el ST realice requerimientos de información, sin que el caso de las concentraciones no notificadas se encuentre contemplado en la LFCE como un supuesto de investigación.

⁹⁷ Publicado en el DOF el diecisiete de enero de dos mil diecisiete.

⁹⁸ En apoyo se citan las siguientes tesis: “**SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. PARA IMPONER AMBAS ES NECESARIO QUE NO EXISTA IDENTIDAD DE SUJETO, HECHO Y FUNDAMENTO, CONJUNTAMENTE, ATENTO AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.** De conformidad con el artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público que incurra en hechos de corrupción, será sancionada en términos de la legislación penal; asimismo, se le aplicarán sanciones administrativas por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deba observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, lo que se conoce como derecho disciplinario; finalmente, la ley establece los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones. Por otra parte, el principio *non bis in idem*, que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por el mismo delito, es aplicable a los procedimientos resueltos conforme al derecho administrativo sancionador. Cabe señalar que el fundamento de las sanciones administrativas se identifica con la naturaleza, objetivos y fines que persigue el derecho disciplinario, los cuales son distintos tratándose del derecho penal. Esto es, en el derecho penal el objetivo principal es promover el respeto a determinados bienes jurídicos tutelados mediante las normas (la vida, la propiedad, etcétera); de ahí que prohíba y sancione las conductas dirigidas a lesionarlos o ponerlos en peligro. En cambio, el derecho disciplinario busca la adecuada y eficiente función pública, como garantía constitucional en favor de los gobernados, al imponer a una comunidad específica – servidores y funcionarios públicos –, una forma de conducta correcta, honesta, adecuada y pertinente a su encargo; de lo cual deriva que, al faltar a un deber o al cumplimiento de dicha conducta correcta, debe aplicarse la sanción disciplinaria. Así, es precisamente el diverso o distinto fundamento, contenido, naturaleza, fines y objetivos, lo que permite, en su caso, que se imponga una sanción administrativa o una penal al mismo sujeto, aun cuando se esté ante identidad de hechos. En conclusión, el Estado puede ejercer su

La finalidad del procedimiento de verificación que se ventila en el presente expediente y la finalidad de una investigación a cargo de la AI son completamente distintos, debido a que:

[i] el primero se ocupa de analizar si una operación no notificada rebasó los umbrales previstos en la ley, lo cual constituye un incumplimiento que afecta las atribuciones de esta COFECE para revisar *ex ante* una operación que, por sus magnitudes, podría necesitar de un análisis para descartar una afectación al proceso de competencia, lo cual es una facultad conferida a la Secretaría Técnica (en el trámite) y al Pleno (en la resolución);

[ii] por su parte, las investigaciones tramitadas por la AI forman parte de las atribuciones con que cuenta esta COFECE para sancionar conductas efectivamente tuvieron el objeto o efecto de afectar el proceso de competencia y la libre concurrencia, tratándose de una evaluación *ex post* de una determinada conducta.

Por tanto, el presente procedimiento de verificación no puede equipararse a una investigación, ni existe la continencia de la causa alegada por INNOVACIÓN y tampoco se trata del mismo asunto, pues la litis de los dos procedimientos es distinta, tal y como se desprende del acuerdo de inicio del procedimiento de investigación que menciona el argumentista; así como de la propia INNOVACIÓN cuando en otra parte de sus agravios menciona que la materia de este procedimiento no versa sobre la ilicitud o licitud de la operación, ni sobre sus efectos, sino que este expediente VCN se refiere únicamente al análisis de si las partes de la concentración debían o no notificársela a la autoridad competente:

*“Resulta evidente que la materia de este procedimiento tramitado en forma incidental no versa sobre la licitud o ilicitud de la operación, ni sobre sus efectos, sino que (con independencia de su improcedencia habida cuenta que existe y es del conocimiento de la Secretaría Técnica y de la Comisión un expediente 10-004-2016 previamente abierto sobre el mismo asunto), este expediente VCN se refiere únicamente al análisis de si las partes de la concentración debían o no notificársela a la autoridad de competencia, a lo que deberá concluirse que no era necesaria tal notificación en la especie”.*⁹⁹

Finalmente, si bien la determinación de la existencia de la omisión a la obligación de notificar una concentración en este procedimiento permitirá determinar el plazo para la prescripción de las facultades de investigación de la AI (en caso de que hubiera coincidencia respecto de los hechos analizados en el expediente IO-004-2016), ello no quiere decir que se trate de la misma litis, como lo refiere el emplazado, ni que haya continencia de la causa o que no se pueda resolver esa situación de forma separada al expediente de investigación. En este aspecto, la LFCE 2012 prevé, por un lado, la imposición de multas hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse (artículo 35, fracción VII) y, por otro, multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del agente

potestas puniendi en diversas manifestaciones que persiguen fines y conductas diferentes, aun cuando los hechos en que se funden sean análogos o semejantes, aunque basados en una dualidad o diversidad de bienes tutelados, de propósitos buscados o incentivos estratégicos que, de manera abundante, se describen tanto en la Constitución como en las disposiciones del derecho disciplinario. De ahí que para imponer dos sanciones, una administrativa en el derecho disciplinario y otra penal, es necesario que no exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, conjuntamente, pues ello constituiría una violación al principio non bis in idem. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 55, Junio de 2018; Tomo IV; Pág. 3199. I.4o.A.114 A (10a.). Registro No. 2 017 137.

⁹⁹ Página 4 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

económico, por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas por dicha ley (artículo 35, fracción VI).

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁰⁰

La COFECE, como órgano autónomo, tiene como objetivos: (i) garantizar la libre competencia y concurrencia, y (ii) prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. No obstante, para lograr dichos objetivos, debe cumplir, entre otras, con la garantía establecida en el párrafo vigésimo del artículo 28 constitucional, la cual consiste en que la COFECE sea independiente en sus decisiones y funcionamiento e imparcial en sus actuaciones, la cual fue recogida por el legislador en el artículo 10 de la LFCE.

El principio de imparcialidad es aplicable a las actuaciones de todos los servidores públicos de la COFECE, tanto para aquéllos que sustancian el procedimiento, como a quienes dictaminan y a quienes resuelven. Así, en caso de que, por cuestiones subjetivas o institucionales, los servidores públicos de la COFECE tengan una clara intención de resolver en contra de los intereses del gobernado el principio constitucional y legal estará siendo vulnerado en su perjuicio.

La AI dictó un acuerdo de inicio de investigación en el expediente IO-004-2016 el treinta de agosto de dos mil dieciséis por la posible realización de conductas que podrían actualizar una concentración ilícita. A la fecha de presentación de estas manifestaciones, dicha investigación se encuentra en su cuarto periodo.

En esa investigación, la AI ha indagado sobre la operación celebrada con LALA respecto de productos lácteos refrigerados. En ella, NESTLÉ ha cooperado dando cumplimiento a requerimientos de información y documentación, así como a sus reiteraciones.

No obstante, en virtud de supuestos “indicios” la ST determinó en auto de doce de marzo de dos mil dieciocho ordenar la apertura del EXPEDIENTE. Ello, para determinar si la operación celebrada con LALA era notificable por haberse rebasado los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012.

El resultado del presente expediente tendrá, necesariamente, un impacto en la validez o invalidez del expediente de investigación IO-004-2016. Considerando que la operación imputada se cerró el quince de agosto de dos mil trece y que la investigación bajo el expediente IO-004-2016 se inició tres años después, dada la regla prevista en el artículo 22 de la LFCE 2012 relativa a que las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas no podrán investigarse transcurrido un año de su realización, tenemos los siguientes escenarios:

a. Si el Pleno confirma la imputación que la ST hizo en contra de NESTLÉ en el ACUERDO DE INICIO, se concluiría que NESTLÉ incumplió la obligación de notificar una

¹⁰⁰ Páginas 56 a 59 del ESCRITO DE NESTLÉ.

concentración cuando legalmente debió hacerse y, por tanto, la COFECE entendería que la investigación del IO-004-2016 inició en tiempo y forma (lo cual bajo ningún motivo se consiente, dado que, en todo caso, la cuestión sobre la prescripción en el caso de concentración ilícita debía estar plenamente definida desde el acuerdo de inicio de aquél expediente y no fue así).

b. Por otra parte, si el Pleno de la COFECE considera que la operación celebrada con LALA no era notificable en términos del artículo 20 de la LFCE 2012, se concluiría necesariamente que, al momento de inicio del expediente IO-004-2016, habían prescrito las facultades de la AI para tales efectos y, por lo tanto, la investigación tendría que ser cerrada necesariamente.

El orden en que iniciaron los procedimientos genera incentivos a la ST, a la DGAJ y a este Pleno para fincar responsabilidad a NESTLÉ por incumplimiento a la obligación de notificar. En efecto, ante las consecuencias del segundo escenario explicado y en ausencia de garantías institucionales que garanticen imparcialidad en situaciones como éstas, no es creíble que en el presente asunto la ST y el Pleno estén en aptitud de adoptar una decisión objetiva e imparcial.

Dichos incentivos son aún más claros si se observan las últimas reformas a las DRLFCE, emitidas por el Pleno, signadas por el ST y publicadas en el DOF de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho, que a la letra dicen:

“En los casos en que se tenga conocimiento de que la operación correspondiente está siendo investigada por la Autoridad Investigadora, la resolución del procedimiento establecido en este artículo únicamente debe versar sobre el cumplimiento o el incumplimiento a la obligación de notificar una concentración en términos de la Ley, así como sobre las sanciones correspondientes.”

En el mes de febrero, un mes antes de iniciarse el procedimiento que nos ocupa, esa COFECE adicionó el párrafo en comento al artículo 133, conforme al cual se reconoce la posibilidad de que coexistan procedimientos incidentales y procedimientos de investigación. No deja de llamar la atención que el EXPEDIENTE es el primero que se abrió bajo este parámetro normativo. A partir de lo anterior, una explicación posible y lógica de la adición normativa es la necesidad de esa COFECE de convalidar las actuaciones de la investigación IO-004-2016, lo que confirmaría el sesgo en el presente expediente, dejando manifiesta la intención de sancionar a NESTLÉ en ambos expedientes.

La única alternativa a disposición de la COFECE para salvaguardar el principio de imparcialidad en el presente asunto era que, previo al inicio de la investigación -por la posible realización de conductas que podrían actualizar una concentración ilícita- por parte de la AI, se tramitara y resolviera en definitiva el procedimiento del EXPEDIENTE, es decir, sin los incentivos asociados a convalidar una diversa investigación.

Por ello, el único resultado jurídicamente admisible en la resolución del EXPEDIENTE es que se determine su cierre.

Las manifestaciones de NESTLÉ referidas resultan, **infundadas** de acuerdo con los siguientes razonamientos.

NESTLÉ argumenta que en la resolución del presente procedimiento este Pleno y la ST no pueden mantener una postura objetiva e imparcial, en virtud de que éste podría tener un impacto en la validez de la investigación que tramita la AI en el expediente IO-004-2016, por lo que cuentan con incentivos para convalidar dicha investigación. NESTLÉ se limita a señalar que con la modificación al artículo 133 de las DRLFCE del catorce de febrero de dos mil dieciocho se reconoció la posibilidad de que coexistan procedimientos incidentales y de investigación, cuya explicación posible y lógica de dicha modificación podría ser la necesidad de esta COFECE de convalidar las actuaciones de la investigación que refieren.

No obstante, de conformidad con el artículo 24 de la LFCE, los Comisionados integrantes del Pleno, y el ST conforme al artículo 18 segundo párrafo del ESTATUTO, están impedidos y cuentan con la obligación de excusarse inmediatamente de los asuntos que se sometan a su consideración en los que existan una o varias situaciones que razonablemente les impidan resolver un asunto de su competencia con plena independencia, profesionalismo e imparcialidad, incluyendo cuando tengan conocimiento de un asunto en el que tengan interés directo o indirecto.

De acuerdo con dicho artículo, se considera que existe interés directo o indirecto cuando un Comisionado actualice alguno de los siguientes supuestos:

- (i) Tenga parentesco en línea recta sin limitación de grado, en la colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado y en la colateral por afinidad hasta el segundo, con alguno de los interesados o sus representantes;
- (ii) Tenga interés personal, familiar o de negocios en el asunto, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes en los grados que expresa la fracción I de este artículo;
- (iii) Él, su cónyuge o alguno de sus parientes en línea recta sin limitación de grado, sea heredero, legatario, donatario o fiador de alguno de los interesados o sus representantes, si aquéllos han aceptado la herencia, el legado o la donación;
- (iv) Haya sido perito, testigo, apoderado, patrono o defensor en el asunto de que se trate, o haya gestionado anteriormente el asunto en favor o en contra de alguno de los interesados; y
- (v) Haya fijado pública e inequívocamente el sentido de su voto antes de que el Pleno resuelva el asunto.

De conformidad con el artículo 24 de la LFCE, sólo podrán invocarse dichas causales como impedimento para conocer asuntos que se tramiten ante la COFECE.

En este caso, NESTLÉ no presenta pruebas o elementos de convicción tendientes a demostrar su dicho, de hecho, llama la atención el dicho de NESTLÉ cuando en sus propios argumentos reconoce que pudiera resolverse que la operación que llevó a cabo rebasó los umbrales.

En cuanto a los señalamientos relacionados con la validez de la investigación que se tramita en el expediente IO-004-2016, con independencia de que el Pleno resuelva lo conducente en ese expediente en el momento procesal oportuno se indica que, con fundamento en el artículo 84 de la LFCE, esta autoridad está obligada a aplicar la norma a los hechos que le son sometidos a su consideración en cada caso concreto, resolviendo cada asunto con base en la valoración de los medios de convicción que aparezcan en el proceso y que obran en el expediente correspondiente, por lo que en este procedimiento no puede pronunciarse de las constancias del expediente IO-004-2016 que tramita la AI, a las cuales no tiene acceso, o de cualquier otra investigación tramitada por la AI. En este aspecto, se remite a lo señalado previamente en este apartado en relación con los hechos contenidos en la investigación IO-004-2016.

Finalmente, debe tomarse en consideración que en términos del artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la CPEUM, la COFECE podrá emitir disposiciones regulatorias de carácter general para cumplir su función regulatoria dentro de sus competencias.

Al no establecer expresamente la LFCE un procedimiento para que el Pleno pudiera determinar y en su caso sancionar el incumplimiento de notificar una concentración cuando legalmente debía hacerse, en uso de la facultad regulatoria prevista en el artículo 12, fracción XVII, de la LFCE, se modificaron las DRLFCE y se incorporó el artículo 133, la facultad del ST tanto para recabar información cuando existan indicios del incumplimiento (fracción II), como para tramitar el procedimiento en el que se otorgue garantía de audiencia a los agentes económicos involucrados en la concentración no notificada cuando tenga elementos objetivos de que la operación rebasó los umbrales establecidos en la LFCE (fracción I).

En la fracción I del artículo 133, las DRLFCE establecieron un procedimiento sumario debido a que la cuestión a resolver consiste en determinar si existió una concentración y si debía notificarse en términos de la LFCE, de ahí que siga los mismos términos y plazos que se previeron para los incidentes.¹⁰¹ No obstante, el que se sigan las mismas etapas procesales no lo hace un incidente, ya que este procedimiento es autónomo. Desahogado este procedimiento, el Pleno resuelve si existió el incumplimiento a la obligación de notificar y, en su caso, determina la multa que debe imponerse. Por tal motivo, las reglas procesales establecidas dentro de las DRLFCE, lejos de afectar a los

¹⁰¹ En efecto en términos del artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la CPEUM, esta COFECE se encuentra facultada para emitir disposiciones regulatorias de carácter general para cumplir su función regulatoria dentro de sus competencias.

La omisión del Constituyente y el Legislador de prever un procedimiento para sancionar la omisión de notificar una concentración cuando se rebasen los umbrales previstos en la propia LFCE, se traduce en la voluntad del propio Constituyente y el Legislador de otorgar a esta COFECE la facultad de reglamentar ese procedimiento, precisamente porque otorgó la facultad prevista en el artículo 28, párrafo vigésimo, de la CPEUM, consistente en facultades regulatorias exclusivamente para el cumplimiento de sus funciones, y de acuerdo con las competencias previstas en la CPEUM y la LFCE.

Como ya se señaló, el artículo 133 de las DRLFCE es una expresión de esa facultad, puesto que establece las formalidades para resolver si existió una concentración, y si la misma debió ser notificada a esta COFECE, con lo cual se dio certeza al gobernado sobre el procedimiento a seguir, las garantías procesales con las que cuentan los agentes económicos y la autoridad ante la que se ventila dicho procedimiento.

Finalmente se insiste en que el amparo en revisión 217/2017 resuelto por la Segunda Sala de la SCJN, no tiene ninguna relación, conexión o similitud con el presente procedimiento. Lo resuelto por la Segunda Sala fue respecto de un expediente en el que efectivamente se requirió información para verificar el cumplimiento de la LFCE, sin que existiera un procedimiento establecido *ex ante* para ello.

agentes económicos, les proporciona certeza sobre la forma en que la COFECE conduce sus procedimientos, al ser normas con características abstractas e impersonales, y respeta las garantías de debido proceso al permitir que los Agentes económicos hagan manifestaciones y ofrezcan pruebas en su defensa y que rindan sus alegatos, previo a que el Pleno resuelva.¹⁰²

Además, las modificaciones a las DRLFCE fueron transparentes, por haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 191 de las DRLFCE y haberse sometido a consulta pública previo a su aprobación y publicación en el DOF.

Ahora bien, como se explicó anteriormente, este procedimiento es diferente y se distingue de una investigación por concentración ilícita, en la que además la litis que debe resolverse también es diversa e involucra un análisis de daño al proceso de competencia y libre concurrencia. Es por esa razón que en las DRLFCE también se previó que cuando se tengan indicios de un posible daño, debe darse vista a la AI y que cuando exista una investigación en curso, la resolución del Pleno sólo versará sobre si se pasaron o no los umbrales para notificar una operación en términos de la Ley.

De igual forma, no es correcta la afirmación de NESTLÉ en el sentido de que el resolver un procedimiento afecta la imparcialidad para resolver otro diverso dado que la litis debatida en uno y otro procedimiento son diferentes. En efecto, el que se resuelva que una concentración debió notificarse no conlleva a resolver *ipso facto* que la operación no notificada sea ilícita, ya que se requiere en esos casos que el análisis cumpla con lo dispuesto por los artículos 12, 13, 17 y 18 de la LFCE 2012 (ahora 62, 63 y 64 de la LFCE).

Asimismo, NESTLÉ señala que tanto la ST como el Pleno tienen incentivos para resolver que se rebasan los umbrales en el presente caso, de tal forma que así se podría sostener lo argumentado en el expediente de la investigación. El argumento de NESTLÉ llevaría al absurdo de considerar que sólo

¹⁰² Como se explicó anteriormente, si bien el artículo 133, fracción I, de las DRLFCE establece que el trámite para determinar si un agente incumplió con la obligación de notificar una concentración se tramitará conforme a los términos y plazos de los artículos 118 y 119 del mismo ordenamiento, el cual versa sobre la vía incidental, lo cierto es que el presente procedimiento no constituye un incidente, debido a que no depende, deriva o se encuentra sujeto a un procedimiento principal. En efecto, dicho artículo hace una remisión a los artículos 118 y 119 de las DRLFCE, únicamente para que se tomaran en consideración las reglas procedimentales que establecen que debe emitirse un acuerdo de inicio, las etapas que deberán desahogarse antes de emitir una resolución y cuáles son los plazos que deben cumplirse.

Así, la determinación de si un agente incumplió con la obligación de notificar una concentración constituye una causa independiente de cualquier otra y la remisión que se realiza en las mismas DRLFCE atiende a la necesidad de brindar el derecho de audiencia, consagrado en nuestra Constitución a través de las formalidades esenciales del procedimiento a los sujetos que probablemente realizaron actos que actualicen dicho supuesto.

El artículo 133 de las DRLFCE es una norma procedimental que únicamente tiene por objeto determinar plazos y formalidades a seguir, para eventualmente resolver si un agente económico incumplió con alguno de los supuestos de la Ley. Dicho dispositivo encuentra su origen en los artículos 16, 20 y 35, fracción VII, de la LFCE, los cuales establecen la obligación de notificar una concentración que rebasa umbrales a cargo de los agentes económicos que la realicen. Inclusive, la SCJN ha reconocido que las Disposiciones Regulatorias emitidas por esta COFECE tienen un poder jurídico innovador, por lo que, a diferencia de la facultad reglamentaria (tesis "**INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR**"), éstas pueden complementar aspectos no necesariamente abordados por la LFCE.

La LFCE establece la conducta prohibida por la propia Ley y la sanción a la que un agente económico se puede hacer acreedor de realizar dicha conducta, por lo que de una lectura íntegra del texto de la LFCE es posible advertir que el propio Legislador fue quien determinó, a través de la LFCE : (i) qué constituiría una concentración; (ii) que la omisión de notificar una concentración cuando legalmente debía hacerse constituye una conducta sancionada; y (iii) las multas aplicables por tal infracción.

porque la AI investiga determinada situación, el Pleno y la ST tienen incentivos para asegurarse de que como resultado de ese pronunciamiento, se sancione, lo cual no se sustenta en las pruebas y manifestaciones de NESTLÉ, aunado a que es contradicho por la actuación del Pleno y de la ST de la COFECE en diversos expedientes en los que ha determinado el cierre del expediente parcial o totalmente, tales como los expedientes IO-004-2013 y DC-002-2016.

Finalmente, es **infundado** el señalamiento de NESTLÉ en el sentido de que un mes antes de iniciarse este procedimiento se adicionó un párrafo al artículo 133 conforme al cual se reconoce la posibilidad de que coexistan procedimientos incidentales y procedimientos de investigación. Sin embargo, el procedimiento establecido en el artículo 133 de las DRLFCE ya existía desde el cinco de febrero de dos mil dieciséis. Mediante publicación en el DOF de esa fecha se estableció el procedimiento "*Para comprobar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió haberse*", mismo que se seguía "*en los términos y plazos señalados en los artículos 118 y 119 de estas Disposiciones Regulatorias*". En otras palabras, la coexistencia de este procedimiento con la posibilidad de que se llevara a cabo una investigación ya existía al menos desde esa reforma. Las DRLFCE ya contemplaban un procedimiento especial para determinar si se había o no notificado una concentración cuando legalmente debía notificarse, que no es el mismo que el procedimiento de investigación por concentraciones ilícitas y carece de lógica y sustento considerar que la reforma a las DRLFCE se realizó con el único objeto de llevar este procedimiento en contra de NESTLÉ y que ello implique un sesgo como lo afirma la emplazada. En este sentido, es incorrecta la apreciación de la norma que realiza dicho agente económico.

Adicionalmente, ni la ST ni el Pleno tienen conocimiento de las actuaciones de una investigación en curso, por existir prohibición expresa en el artículo 124 de la LFCE y el artículo 5, último párrafo, del ESTATUTO y será hasta el momento procesal oportuno que este Pleno podrá pronunciarse respecto de lo que la AI le presente al poner a su disposición el Dictamen que corresponda en términos del artículo 78 de la LFCE.

Por las razones anteriores, ni la modificación a las DRLFCE, ni la existencia del expediente IO-004-2016 afectan la imparcialidad del ST o del Pleno para resolver el presente procedimiento.

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:¹⁰³

Me opongo con fundamento en los artículos 1, 14, 16, 17, 28 y 133 constitucionales, en virtud de que el ACUERDO DE INICIO carece de la debida fundamentación y motivación, pues la ST no solo actúa en exceso de la LFCE 2012, sino que la investigación resulta indebida por haberse llevado a cabo en indefensión de INNOVACIÓN y excesiva por el cúmulo de información requerida de manera necesaria y ahora inútil, aunado a que el ACUERDO DE INICIO adolece de incongruencia y falta de exhaustividad, pues la autoridad no consideró las manifestaciones de todas las partes ni todos los elementos que recibió en cumplimiento de lo requerido.

De las constancias de este expediente resulta que toda la información requerida, que excede los contratos y convenios que consideró al emitir el ACUERDO DE INICIO (que es

¹⁰³ Páginas 23 y 24 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

mucha) no era necesaria para el ejercicio valuatorio que acabó llevando a cabo. Ello demuestra que se condujo una investigación carente de proporcionalidad y excesiva, que ocasiona sobre este procedimiento un efecto corruptor que conlleva a su improcedencia, o bien que debe ser reparado para efectos de que se reponga el procedimiento y se requiera a las partes involucradas únicamente aquella información relativa al monto de la operación.

En el ACUERDO DE INICIO no se consideran una serie de elementos, asientos contables y argumentos requeridos que acreditan que el monto de la operación no es el que pretende la ST, sino el que se desprende de los asientos contables, donde se refleja el pago de la licencia como el valor de ese activo así registrado, mientras que el posterior pago por **B** se constituye en un costo de operación.

Así, pido al Pleno considere que el análisis de la ST resulta infundado, carente de proporción respecto del cúmulo de información requerida y de elementos aportados que, de haber sido debidamente considerados, habrían conducido a que no se está ante una concentración que debiera haberse notificado a la autoridad de competencia.

Los argumentos formulados son inoperantes por **no combatir** el ACUERDO DE INICIO, pues el hecho de que se hubiera solicitado diversa información y documentación por parte del ST no invalida por sí mismo las conclusiones de dicho acuerdo.

En la primera etapa del procedimiento fue solicitada diversa información, misma que se encontraba directamente relacionada con la causa objetiva del presente procedimiento. Esta etapa, como se explicó, no es una investigación, sino que consiste en una etapa en la que el ST se allega de información para saber si existió un incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse.

La información y documentación requerida se utilizó para sustentar la responsabilidad de los involucrados, y su existencia resultaba necesaria e importante para conocer el contexto y las circunstancias en las que se llevó a cabo la operación, a fin de contar con elementos legales para verificar si dicha operación debía notificarse a esta Comisión o no, en su momento.

De acuerdo con la información que sustentó el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, existían diversos documentos en fuentes públicas que apuntaban al otorgamiento de una licencia entre INNOVACIÓN y NESTLÉ, sin que se contara con información o documentos en los que se precisara el tipo de operación o contratos que se hubieran celebrado entre las partes, así como los alcances o vigencia que tendría dicha operación. A fin de conocer esa información se determinó realizar diversos requerimientos de información y documentación que permitiera conocer las relaciones jurídicas y comerciales entabladas entre las partes, ya fuera de forma escrita o consensual.

Al momento en que fueron emitidos los requerimientos de información, no era posible conocer por la autoridad qué información y documentos en forma específica serían los relacionados con los hechos materia del procedimiento, por lo que existe la necesidad de requerir aquella información y documentación que pudiera resultar relevante atendiendo a la causa objetiva, la cual puede conformarse por hechos o conclusiones muy generales, como sería en este caso, la existencia de una

Eliminado: una palabra

licencia (sin que se tuviera certeza de qué tipo de operación implicaba o sus alcances o formas en que se hubiera llevado a cabo).

Dichos requerimientos realizados no invalidan las actuaciones de la autoridad, sino que validan sus conclusiones, al haber tenido a la vista la información necesaria para discernir y así enfocar su atención en la documentación e información precisa que le permitiera tomar una determinación de si la concentración que nos ocupa debió notificarse ante la Comisión o no y, consecuentemente, pronunciarse ya sea en sentido de concluir el procedimiento o para iniciar la etapa señalada en la fracción I del artículo 133 de las DRLFCE.

Considerando lo anterior, no es dable determinar el cierre del EXPEDIENTE o la reposición del mismo sólo porque se le hubiera requerido diversa documentación e información a alguno de los involucrados, máxime si se considera que INNOVACIÓN no señala en forma concreta aquella información que se le requirió de forma excesiva, puesto que de los requerimientos que se hicieron a ese agente económico, se desprende que se solicitó información correspondiente a su actividad comercial, negocios, activos, ingresos y aquellos relacionados con la operación materia de este expediente. Incluso, la solicitud de INNOVACIÓN, en el sentido de que se reponga el procedimiento para efecto de que se le requiera únicamente la información que explícitamente va a ser utilizada en el ACUERDO DE INICIO sería ocioso, ya que tendría como efecto repetir, en perjuicio del gobernado, diversos actos de autoridad tendientes a solicitar de nueva cuenta la documentación que ya le ha sido solicitada a INNOVACIÓN y que ya obran en el expediente, por lo que es inoperante el argumento que nos ocupa.

Por cuanto hace a las manifestaciones acerca de que el ST omitió considerar asientos contables y otra información relevante, las mismas resultan inoperantes, debido a que INNOVACIÓN no precisa cuál es la información aportada que modificaría las conclusiones del ACUERDO DE INICIO, ni mucho menos explica cómo es que tales datos serían capaces de desvirtuarlas a grado de estar en aptitud de cerrar el presente procedimiento. En cualquier caso, el resto de los argumentos de INNOVACIÓN se analizan en la presente resolución.

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁰⁴

La investigación sustanciada por la ST y la DGAJ fue excesiva por cuanto al alcance que se le pretendió dar, ya que la información y documentación que fue requerida por los funcionarios de esta COFECE no se encontraba relacionada con la operación que era investigada en el EXPEDIENTE.

El EXPEDIENTE fue abierto en virtud de que existían los siguientes supuestos indicios: B

[REDACTED]

¹⁰⁴ Páginas 66 a 71 del ESCRITO DE NESTLÉ.

B

En este sentido, el ST de la COFECE determinó de manera muy clara cuál sería la materia de la investigación. En términos del artículo 133, fracción II, de las DRLFCE, la investigación tendría que versar, única y exclusivamente sobre esas cuestiones.

No obstante, en el requerimiento de información y documentación que se formuló a NESTLÉ, numeral 2, incisos c) a e), y 7, incisos a) a f), se requirió información que excede el objeto determinado al abrir el EXPEDIENTE.¹⁰⁵

Además de requerir información y documentación respecto de la operación,

B

Eliminado: ciento un palabras

¹⁰⁵ En concreto, NESTLÉ se refiere a la siguiente información requerida por el ST: “[...] c. Lista que contenga la totalidad de los productos lácteos y cualquier otro en la categoría de leches, yogurts, quesos y cremas que fabrica o elabora cualquiera de los miembros de GRUPO NESTLÉ en territorio nacional, de manera anual para cada uno de los años de dos mil trece a dos mil diecisiete. De ser el caso, indicar en la misma lista las causas por la que dejó de fabricarlos o elaborarlos. d. Lista que contenga la totalidad de los productos lácteos y cualquier otro en la categoría de leches, yogurts, quesos y cremas que comercializa cualquiera de los miembros de GRUPO NESTLÉ en territorio nacional, de manera anual para cada uno de los años de dos mil trece a dos mil diecisiete. De ser el caso, indique la causa por la que dejó de comercializarlos. e. Descripción detallada de cada uno de los productos identificados en los incisos c. y d. anteriores, precisando su uso. La respuesta a este numeral deberá incluir información sobre las características físicas, organolépticas, presentaciones, precios, registros de propiedad industrial o intelectual y cualquier otra característica relevante y distintiva de cada uno de los productos antes señalados. Adicionalmente, proporcionar una lista de aquellos productos similares y de los principales agentes económicos que los produzcan, distribuyan o comercialicen en el territorio nacional. [...] 7. Describa si durante el periodo comprendido del primero de enero de dos mil trece a la fecha, su Representada o cualquiera de sus controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas, ha realizado alguno de los siguientes actos: a. Cualquier tipo de acto(s) que implicara la transmisión de la propiedad, posesión, uso o explotación de activos productivos, tangibles o intangibles, que sean utilizados para la elaboración, distribución y/o comercialización de productos lácteos. b. Cualquier acto a través del cual, hubiera gravado u otorgado en garantía activos productivos, tangibles o intangibles, que sean o hayan sido utilizados para la elaboración, distribución y/o comercialización de productos lácteos por su representada o cualquiera de sus controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas. c. Contratos de licencia o cualquier tipo de acto(s) a través de los cuales autoriza el uso o comercialización de productos, haciendo uso de las marcas de las cuales sea titular su Representada, sus controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas. d. Enajenación de acciones o partes sociales de cualquier tipo de las cuales su Representada, sus controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas fuera(n) titular(es). e. Cualquier acto por virtud del cual hubiera trasladado u otorgado, en forma temporal o permanente, a favor de un tercero, los derechos patrimoniales, corporativos o de cualquier tipo, que le confieran las acciones o partes sociales de las cuales su Representada, controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas fuera(n) o sean titular(es). f. Cualquier acto a través del cual, hubiera gravado u otorgado en garantía, acciones o partes sociales de cualquier tipo, de las cuales su Representada, controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas fuera(n) o sean titular(es). Con relación a los actos referidos, proporcione copia simple de todos los documentos en que consten los términos y condiciones de dichos actos, así como de las comunicaciones internas relacionadas a los mismos. En caso de que alguno de dichos contratos, implicara la transmisión de recursos económicos a favor de su Representada, bajo cualquier título (como pagos, ingresos, ventas, deuda), exhiba copia simple de los documentos (como, facturas, órdenes de compra, notas de crédito, pagarés, obligaciones en que conste la transmisión y recibo de los recursos correspondientes).”

Ante ello, es evidente que ha existido un menoscabo en los derechos de NESTLÉ, derivado de que se le sujetó a diligencias de investigación cuyo objeto excedió aquél señalado por el ST en el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho.

No forman parte del EXPEDIENTE los productos fabricados y elaborados por NESTLÉ ni cualquier otra operación celebrada entre dos mil trece y dos mil dieciocho por Grupo Nestlé con algún agente económico diverso a LALA. Es decir, no constituyen aspectos indispensables para que esa ST ni el Pleno determinen si la operación celebrada con LALA tuvo que haber sido notificada previa su realización o no.

Por ello, no se le puede otorgar valor probatorio a la información que fue obtenida indebidamente por la ST y la DGAJ a través de un exceso en el uso de la facultad indagatoria. Es decir, la información obtenida fuera del alcance del presente procedimiento no podría ser válidamente utilizada para iniciar nuevos procedimientos, o bien, en procedimientos independientes al que nos ocupa, en los que se analicen cuestiones diferentes a las planteadas en el EXPEDIENTE.

Por tanto, NESTLÉ se reserva el derecho de controvertir la validez de esas diligencias de investigación en el momento procesal oportuno, así como la realización de lo que pareciera ser más una pesquisa de la autoridad al obtener información fuera del alcance del que le es permitido en el EXPEDIENTE.

Al respecto, cobra relevancia lo resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en Amparo en Revisión 217/2017, donde se sostuvo:

- a. Que la actuación procedimental de la COFECE se encuentra delimitada a las atribuciones que establece de manera expresa la normativa, ante lo cual, las investigaciones que realice la autoridad estarán referidas forzosamente a las facultades que le fueron dotadas por el Constituyente y por el legislador.
- b. Que la COFECE podrá requerir a agentes económicos y personas relacionadas con algún hecho que sea de su conocimiento y, por tanto, imponer si es necesario las medidas de apremio a que alude la ley de la materia, siempre y cuando sea a través de los procedimientos previstos expresamente en la LFCE.
- c. El despliegue de facultades investigatorias de la COFECE con el propósito de brindar seguridad jurídica a los gobernados no se puede hacer mediante un expediente genérico no previsto en ley. Es decir, la necesidad de obtener mayores elementos para que la COFECE pueda ejercer sus facultades constitucionales de garantizar la competencia y la libre concurrencia de los mercados tiene que hacerse mediante los procedimientos y las autoridades que expresamente señala la LFCE (aquí, obsérvese que requerir información que excede el objeto del procedimiento incidental es equivalente al despliegue de actos de investigación sin un cauce procedimental).
- d. De la LFCE no se desprende que el Poder Legislativo le haya otorgado a la COFECE una competencia genérica para “verificar el cumplimiento de la ley”, sino que se listaron las conductas que justamente son contrarias al artículo 28 constitucional y a la propia

ley federal,¹⁰⁶ para lo cual se previeron procedimientos de investigación concretos que además están reservados únicamente para la AI.

Finalmente, la emisión de los requerimientos por la DGAJ ha dejado en estado de indefensión a NESTLÉ. Por un lado, los requerimientos no son impugnables con motivo de su emisión por ningún medio; por el otro, si bien pueden hacerse valer violaciones procesales en el amparo que se inicie en contra de la resolución definitiva de un determinado procedimiento, la operancia judicial de los conceptos de violación dependerá de que el vicio haya trascendido a dicha resolución, lo que difícilmente sucederá si la información no está relacionada con el objeto del procedimiento.

Por ello, ante la excesiva investigación que la DGAJ hizo a NESTLÉ y ante la imposibilidad de NESTLÉ de defenderse sobre estas cuestiones es que, atentamente, se solicita a los Comisionados que determinen que la información requerida no guarda relación con el objeto del análisis del EXPEDIENTE y, en consecuencia, ordenen a los órganos de la COFECE abstenerse de usarla e implementar las salvaguardas necesarias para que la información indebidamente obtenida sea excluida de sus archivos y programas, con el fin de que no pueda ser utilizada con posterioridad.

Las manifestaciones de NESTLÉ son inoperantes ya que **no combaten** el ACUERDO DE INICIO, puesto que no se refieren ni controvierten los elementos de convicción o razonamientos que lo sustentan.

Adicionalmente, NESTLÉ no acredita una afectación concreta a su esfera jurídica con motivo del ejercicio de las facultades por parte de la ST y la DGAJ, limitándose a señalar de forma genérica que los requerimientos de información y documentos emitidos en el presente expediente lo han dejado en “*absoluto estado de indefensión*”.

No obstante, de acuerdo con el artículo 119 de la LFCE, toda persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que investigue esta COFECE o con la materia de sus procedimientos en trámite, tiene la obligación de proporcionar cosas y documentos que obren en su poder en el medio que le sean requeridos, entre otras obligaciones.

NESTLÉ argumenta que la siguiente información y documentos requeridos mediante el acuerdo emitido el veintidós de mayo de dos mil dieciocho no guarda relación con la materia objeto del procedimiento que se tramita en el EXPEDIENTE, por lo que no se le puede otorgar ningún valor probatorio y tampoco puede ser utilizada posteriormente:

- (i) Los productos lácteos y cualquier otro en la categoría de leches, yogurts, quesos y cremas que NESTLÉ fabricó, elaboró o comercializó en territorio nacional durante el periodo de dos mil trece a dos mil diecisiete, incluyendo sus características relevantes y distintivas y, de ser el caso, indicando las razones por las que dejó de fabricarlos, elaborarlos o comercializarlos;
- (ii) Los actos que NESTLÉ o sus controladoras, filiales, subsidiarias, partes relacionadas o empresas relacionadas realizaron y que impliquen la transmisión de la propiedad, posesión,

¹⁰⁶ NESTLÉ se refiere a: “*Monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, barreras a la libre competencia económica, y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*”.

uso o explotación de activos productivos, tangibles o intangibles, utilizados para la elaboración, distribución y/o comercialización de productos lácteos, así como aquellos actos a través de los cuales se hubiera gravado u otorgado en garantía dichos activos, durante el periodo comprendido del primero de enero de dos mil trece a la fecha de emisión del requerimiento; y

- (iii) Los actos de dichos agentes mediante los cuales se lleve a cabo la enajenación de su acciones o partes sociales de cualquier tipo o aquellos por virtud del cual hubieran trasladado u otorgado derechos patrimoniales, corporativos o de cualquier tipo, que confieran sus acciones o partes sociales, así como aquellos a través de los cuales se hubiera gravado u otorgado en garantía sus acciones o partes sociales de cualquier tipo, durante el periodo comprendido del primero de enero de dos mil trece a la fecha de emisión del requerimiento.

De acuerdo con NESTLÉ, el requerimiento de dicha información excedió el objeto del procedimiento que se tramita en el EXPEDIENTE, puesto que no sirve para comprobar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, en virtud de que los productos fabricados y elaborados por NESTLÉ ni cualquier otra operación celebrada entre dos mil trece y dos mil dieciocho con algún agente distinto a LALA forman parte del EXPEDIENTE.

Al respecto, dicho requerimiento se emitió con la finalidad de allegarse de información o documentos necesarios para determinar el cumplimiento a la obligación de notificar una concentración, puesto que hasta ese momento la autoridad únicamente tenía conocimiento elemental del posible incumplimiento sin que existiera certeza de los hechos relacionados con el mismo. En este sentido, la información y documentos requeridos servirían para determinar la posible existencia de una concentración y la posible omisión a la obligación de notificarla como se aprecia a continuación.

De la información señalada, se indica que con ésta se delimita el alcance de los hechos manifestados en el acuerdo por el que se crea el EXPEDIENTE y que sirve a la autoridad para cuantificar el valor de los activos, conocer la forma en que se dio la operación y determinar su alcance. En este aspecto, se reitera y remite a lo señalado previamente en este apartado en cuanto a que al inicio de un procedimiento de esta naturaleza existe una gama de hipótesis que se podrían formular a raíz de la información con la que se contaba en ese momento y la diversidad de formas en las que se puede llevar a cabo una concentración, por lo que existe la necesidad de requerir la información y documentación que pudiera resultar relevante atendiendo a la causa objetiva.

En consecuencia, son incorrectas las manifestaciones de NESTLÉ relativas a que la información referida se encuentra fuera del alcance del presente procedimiento, incluyendo la solicitud de que no se use la información en el futuro, en virtud de que la información fue requerida atendiendo a los indicios de incumplimiento a la obligación de notificar una concentración con base en los cuales creó el EXPEDIENTE.

Finalmente, se insiste en que el procedimiento establecido en el artículo 133 de las DRLFCE no es una investigación, pues el supuesto para determinar si se rebasaron o no los umbrales de la LFCE para notificar una transacción no está contemplada como un supuesto de investigación en la LFCE. De hecho, lo señalado por NESTLÉ conduciría al absurdo de que el ST no podría, nunca, hacer un

requerimiento de información, a pesar de ser el encargado de tramitar los procedimientos de concentraciones.

Asimismo, NESTLÉ cita lo resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 217/2017; sin embargo, ese asunto no tiene ninguna relación, conexión o similitud con el presente procedimiento. Lo resuelto por la Segunda Sala fue respecto de un expediente en el que efectivamente se requirió información para verificar el cumplimiento de la LFCE, sin que existiera un procedimiento establecido *ex ante* para ello. En el presente caso, el procedimiento establecido en el artículo 133 de las DRLFCE se encuentra contemplado, en lo general, desde febrero de dos mil dieciséis, y con ciertas adecuaciones desde febrero de dos mil dieciocho y, en todo caso, antes de que se iniciara el presente asunto. De esta forma, es evidente que se trata de un precedente que no cobra aplicación en el presente caso.

Asimismo, la Segunda Sala de la SCJN estableció en ese caso que *“la Comisión (...) creó un procedimiento no previsto en la ley, ni en algún otro tipo de normativa que resultara aplicable a su actuación (...)”*. La Suprema Corte, entonces, se refirió a un caso en el que se requirió información fuera de los procedimientos establecidos en la normativa de competencia; eso no es lo que aconteció en este caso, pues la normativa de competencia, entre la que sin duda se encuentran las DRLFCE, establece el procedimiento aplicable para verificar si una transacción pasó o no los umbrales para ser notificada ante la COFECE.

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁰⁷

El EXPEDIENTE fue abierto ilegalmente por el ST mediante acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, en el que se señaló e integró información pública contenida en diversas páginas de Internet y se hace referencia a la probable existencia de diversos hechos.¹⁰⁸ La información pública integrada al EXPEDIENTE fue difundida electrónicamente al menos tres años antes de su apertura.

Sin hacer precisión de la manera mediante la cual el ST tuvo conocimiento de la información mencionada, éste señaló que aquélla constituía un indicio sobre la probable actualización de una concentración. Luego, indicó que el acto o sucesión de actos podrían constituir una omisión a la obligación de notificar una concentración. Por lo anterior, ordenó crear el EXPEDIENTE con la finalidad de sustanciar el trámite para comprobar el incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse.

El artículo 133, fracción II, primer párrafo, de las DRLFCE señala que en caso de que “la Comisión tenga conocimiento de cualquier indicio de incumplimiento a la obligación de

¹⁰⁷ Páginas 60 a 66 del ESCRITO DE NESTLÉ.

¹⁰⁸ NESTLÉ refiere a los siguientes hechos señalados en el ACUERDO DE INICIO: “[i]

[REDACTED] B B

notificar una concentración, el Secretario Técnico emitirá un acuerdo que ordene formar el expediente respectivo, el cual deberá señalar cuál es el indicio de incumplimiento a la obligación de notificar una concentración". En este sentido, si el EXPEDIENTE se abrió en virtud de los "indicios" señalados en el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, la irregularidad o ilegalidad en su obtención e incluso la falta de fundamentación y motivación que justificase su integración al EXPEDIENTE y/o su relación con un posible incumplimiento, tendría la consecuencia de que el EXPEDIENTE se hubiese iniciado y sustanciado ilegalmente.

La Real Academia de la Lengua Española define la palabra indicio como el "[f]enómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido".¹⁰⁹ En la legislación mexicana, el término indicio ha sido utilizado como sinónimo con las presunciones y las pruebas circunstanciales, mismas que son consideradas como pruebas indirectas en las investigaciones y procedimientos.

Así, como presupuesto para otorgar valor probatorio a un indicio o presunción, se requiere que aquél descansa en una prueba cierta e incontestable para que, posteriormente, se obtenga una inferencia lógica. El simple hecho endeble que genere una sospecha no actualizaría el supuesto de producir inferencias válidas.¹¹⁰

Ahora bien, la facultad de las autoridades de utilizar indicios en las investigaciones no es una facultad ilimitada.¹¹¹ Todos los procedimientos y actos de autoridad se encuentran, necesaria e inevitablemente sujetos tanto a las normas que los rige, como a las reglas de la lógica y sana crítica en materia probatoria: "el derecho a probar no puede ser considerado sin limitación alguna, ni siquiera en aquellos campos o materias en las que sea de importancia relevante la búsqueda y obtención de la verdad material por el interés público que se encuentre en juego. Las limitaciones al ejercicio del derecho probatorio implican sujetar al principio de legalidad la disciplina probatoria".¹¹²

¹⁰⁹ NESTLÉ refiere al siguiente sitio de Internet: <http://dle.rae.es/?id=LOBECME>

¹¹⁰ Al respecto, NESTLÉ refiere a: "Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el Expediente 2/2006, integrado con motivo de las solicitudes formuladas por las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, para investigar violaciones graves de garantías individuales resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 2/2006 el 29 de noviembre de 2007. Pág. 55.". Asimismo, en relación con las pruebas indirectas, NESTLÉ refiere al criterio emitido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en la Ciudad de México en relación con el amparo en revisión 479/2006, con número de registro 21150, que prevé lo siguiente: "Una prueba es directa cuando su contenido guarda relación inmediata con la esencia de los enunciados que integran la hipótesis del hecho principal que es objeto del juicio. Una prueba es indirecta, cuando mediante ella se demuestra la existencia de un hecho diverso a aquel que es afirmado en la hipótesis del juicio o del procedimiento administrativo. La condición para que tenga el efecto de prueba estriba, en que a partir de la demostración de la existencia de ese hecho secundario (factum probandum), sea posible extraer inferencias, que afecten a la fundamentación de la hipótesis del hecho principal (factum probans). La prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis del hecho principal, pero a través de un paso lógico que va de un hecho probado (el hecho secundario) al hecho principal que es inferido".

¹¹¹ NESTLÉ refiere al criterio emitido por el Pleno de la SCJN en el amparo directo en revisión 1342/96, con número de registro 901111.

¹¹² NESTLÉ refiere al criterio emitido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en la Ciudad de México en relación con el amparo en revisión 479/2006, con número de registro 21150.

De ahí que no pueda dejarse al arbitrio de una autoridad la integración de información a un expediente sin que se le exija respetar el principio de legalidad, por lo que no podría permitirse el inicio de una investigación con material probatorio irregular. Tampoco, una autoridad puede omitir la fundamentación y motivación respecto de los “indicios” invocados para iniciar un determinado expediente, máxime cuando la propia norma, como en el caso que nos ocupa, identifica claramente el tipo de indicio que habilita a iniciar el procedimiento y obliga justificar en qué consiste ese indicio.

Dicho lo anterior, el ST se encontraba obligado a fundamentar y motivar la integración de información y documentos en su calidad de indicios al EXPEDIENTE en términos del artículo 133, fracción II, de las DRLFCE. En otras palabras, en virtud de que el EXPEDIENTE es un procedimiento administrativo sancionatorio, era presupuesto necesario para su apertura que el ST diera una robusta fundamentación y motivación de la manera en la que se hizo sabedor de los indicios de incumplimiento a la obligación de notificar. La ausencia de ese proceder viola el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en perjuicio de NESTLÉ.

Lo anterior es de particular relevancia si se toma en consideración que los supuestos “indicios” a los que hace referencia el ST son información que fue difundida hace más de tres años. Ciertamente, carece de credibilidad que el ST haya tenido conocimiento espontáneo de los “indicios” que dieron motivo al acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho que casualmente versan sobre una operación que está actualmente siendo investigada por la AI.

En el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, si bien se hace referencia a “evidencia” de la que se advierte la celebración de un contrato de licencia, nada se dice sobre cómo es que esa COFECE pudo inferir un monto de la operación que pudiese rebasar alguno de los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012 a partir de las notas periodísticas, reportes o informes. En otras palabras, de los elementos listados se advierte la existencia de unos contratos, mas no un “indicio de incumplimiento de la obligación de notificar”, como lo exigen las DRLFCE.

En ausencia de evidencia y de fundamentación y motivación que permitiera a la ST realizar la inferencia del posible incumplimiento a la obligación de notificar, lo procedente es analizar si pudiese haber elementos que permitan inferir cómo es que el ST estimó que la operación podía ser notificable.

En el expediente de investigación IO-004-2016, NESTLÉ, previo al inicio del EXPEDIENTE, había proporcionado información y documentación relacionados con la operación que también es investigada en el EXPEDIENTE. La información proporcionada a la AI incluye aquellos contratos que en el ACUERDO DE INICIO se denominan COMPRA DE ACTIVOS, LICENCIA DE MARCA, CONTRATO DE CESIÓN, LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA Y LICENCIA PERPETUA DE MARCAS.

Ante la ausencia de una explicación de las razones que le permitieron conocer los “indicios” mencionados y, de hecho, ante la falta de indicios que permitieran inferir en

alguna medida el monto de la operación, lo procedente es que ese Pleno confirme o descarte si tales indicios (no justificados en el acuerdo de doce de marzo) pudieron ser obtenidos de la investigación IO-004-2016.

La única forma de realizar el análisis mencionado es indagando y observando si, previo al inicio del EXPEDIENTE, existían protocolos que impidieran el flujo de información indebido de un expediente de la AI a los funcionarios de la ST. La existencia de dichos protocolos es obligatoria en atención a las exigencias del principio constitucional de separación entre la autoridad que investiga y la que resuelve, así como en consideración de la obligación legal de secrecía de los expedientes de investigación, incluso, frente a los servidores públicos de la propia COFECE que no forman parte de la AI. Lo anterior, en correlación con la obligación de la COFECE prevista en el artículo 12, fracción XXII, párrafo tercero, inciso g), de la LFCE.

De la información pública disponible, no es posible advertir la existencia de esos protocolos. Por tanto, en caso de corroborarse por ese Pleno, es dable presumir que el equipo de la ST, por lo menos verbalmente, tuvo conocimiento del contenido del expediente IO-004-2016 y, específicamente, de los elementos probatorios que mostraban el valor de la operación.

Por ello, procede estimar que el inicio del EXPEDIENTE está viciado. En consecuencia, las actuaciones subsecuentes, incluyendo la imputación formulada en perjuicio de NESTLÉ en el ACUERDO DE INICIO, deberán estimarse también viciadas por constituir el fruto del árbol envenenado. Así, NESTLÉ solicita a este Pleno que cierre el EXPEDIENTE.

Las manifestaciones de NESTLÉ son infundadas puesto que la ST motivó debidamente la existencia de indicios de incumplimiento de la obligación de notificar una concentración.

Previo al inicio del procedimiento previsto en el artículo 133 de las DRLFCE, la autoridad cuenta con indicio del posible incumplimiento a la obligación de notificar una concentración, por lo que no es posible exigir una precisión puntual del posible incumplimiento advertido. El acuerdo por el que se crea el EXPEDIENTE constituye solamente el inicio de una fase en la que aún no existe la determinación de los hechos que pudieran actualizar la supuesta omisión a la obligación de notificar. Lo anterior es particularmente relevante considerando que en esta etapa no se formula imputación alguna.

En este sentido, la autoridad está obligada allegarse de documentos e información prevista en el artículo 133 de las DRLFCE.¹¹³

¹¹³ Al respecto, véanse: "MERCADO RELEVANTE. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, DEBE DEFINIRSE EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014. El precepto citado establece un procedimiento que tiene una fase de investigación, iniciada de oficio o a petición de parte afectada, en la que la autoridad emite un acuerdo de inicio, cuyo extracto se publica en el Diario Oficial de la Federación, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona coadyuve en el desarrollo de la investigación correspondiente (fracción III); una vez concluida, si se obtienen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, procede la emisión de un dictamen preliminar (fracción V); con el que inicia una segunda fase, en la que intervienen

En el acuerdo emitido el doce de marzo de dos mil dieciocho se identificó la información y existencia de diversos hechos que constituyen indicio de la omisión a la obligación de notificar una concentración, de acuerdo con lo siguiente:

“PRIMERO.- De la información referida en el proemio del presente acuerdo se desprende la probable existencia de los siguientes hechos:

- [i] La celebración de un contrato de licencia entre B ;
- [ii] B ;
- [iii] La celebración en el mes de agosto de dos mil trece de un contrato de licencia exclusiva por parte de B ;
- [iv] La firma, por parte de la empresa B , de un acuerdo de licencia respecto sus marcas de B ;
- [v] Una licencia de uso de marca de las empresas B .

La información referida constituye un indicio sobre la probable actualización de una fusión, adquisición de control o cualquier acto por virtud del cual se unan o concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos [...].

Dicho acto o sucesión de actos podrían constituir una omisión a la obligación de notificar una concentración, por lo que [...] se ordena crear el expediente identificado bajo el número VCN-001-2018 con la finalidad de sustanciar el trámite para comprobar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse [...] [énfasis añadido]”.¹¹⁴

De esta manera, se indicaron las operaciones y se señaló que la información había sido obtenida de fuentes públicas y que dichas operaciones pudieran constituir el acto o sucesión de actos mediante los que se llevaron a cabo la concentración de la cual las emplazadas omitieron su notificación. Por tal motivo y a fin de verificar lo anterior se seguiría el procedimiento previsto en el artículo 133 de las DRLFCE, siendo estos elementos objetivos sobre la existencia de una probable omisión a la obligación de notificar.

Si bien la información obtenida de fuentes públicas e integrada al EXPEDIENTE fue difundida electrónicamente al menos tres años antes de que se iniciara, lo cierto es que al momento de emitir el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho que dio inicio al presente EXPEDIENTE, la información todavía se encontraba accesible al público, de ahí que no se desprenda una afectación a NESTLÉ por haber integrado información con tres años de antigüedad.

agentes económicos con interés para manifestar y demostrar lo que a su derecho convenga (fracción VI); hecho lo anterior, la autoridad deberá emitir la resolución correspondiente (fracción VII); momento en el que se define el mercado relevante y, en su caso, la existencia de poder sustancial. Consecuentemente, el mercado materia de la declaratoria a que se refiere la fracción III del artículo citado y que se indica en el acuerdo de inicio, debe entenderse bajo un concepto genérico de mercado en el que se desarrolla la investigación y, con base en el que, al emitir la resolución definitiva, se delimitará el mercado relevante, que es un concepto técnico y específico disímil del concepto de mercado genérico [énfasis añadido]”. Registro No. 2 007 032; Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 8, julio de 2014; Tomo II; Pág. 1176. I.2o.A.E.5 A (10a.).

¹¹⁴ Folios 2 y 3.

Es equivocada la manifestación de NESTLÉ en el sentido de que la ST estaba obligada a explicar cómo es que tuvo conocimiento de la información pública que sirvió de indicio para iniciar el procedimiento que nos ocupa, ya que, por su naturaleza se trata de información que está al alcance de todo público y es consultable vía remota a través de medios electrónicos. Al encontrarse disponible, resulta válido su uso e integración al expediente, ya que el objetivo del procedimiento consiste en corroborar esa información. El tiempo en que ocurrieron los hechos y el momento en que esta autoridad tuvo noticia de que acontecieron no constituye un impedimento para que la COFECE ejerza sus facultades conforme a los procedimientos establecidos en la LFCE y sus DRLFCE, en caso de que pudiera violar la LFCE, con las excepciones expresamente previstas en la propia LFCE.

Por lo tanto, son **infundadas** las manifestaciones de NESTLÉ relacionadas con la supuesta omisión e inexistencia de indicios de incumplimiento de la obligación de notificar una concentración en el acuerdo de creación del EXPEDIENTE.

En este aspecto, los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012 establecen diferentes elementos para determinar cuándo es procedente el análisis de concentraciones. Los umbrales implícitamente consideran que el riesgo que podría generar una concentración está positivamente relacionado con el monto de la transacción, los activos o acciones que se pretenden acumular y el tamaño de los agentes económicos que en ella participan. NESTLÉ, al señalar los indicios que a su juicio debieron incluirse en el acuerdo de creación del EXPEDIENTE, únicamente se refiere a la relevancia del monto de la operación, sin considerar que la obligación de notificar puede surgir a partir de la actualización y combinación de los elementos referidos, ya que la actualización de los umbrales puede darse de múltiples maneras. En el acuerdo de doce de marzo de dos mil dieciocho, se describieron distintos hechos que permitirían presumir que la operación descrita entrañaba una magnitud tal, que permitiría superar los umbrales previstos en la ley, tales como los agentes que participaron, los activos materia de la operación y la duración de la relación jurídica, elementos que combinados podrían permitir una infinidad de hipótesis que tendrían que ser evaluadas y descartadas.

En este sentido, se remite a lo señalado previamente en este apartado en cuanto a que al momento de creación de un expediente se formulan diversas hipótesis sobre el caso concreto.

En cuanto a las manifestaciones relativas a la supuesta irregularidad en la obtención de indicios por parte de la ST, se indica que éstas resultan **inoperantes** por **gratuitas** y **no combaten** el ACUERDO DE INICIO.

En primer lugar, NESTLÉ se limita a señalar que los funcionarios de la ST tuvieron acceso al expediente en investigación IO-004-2016 como consecuencia lógica derivada de la supuesta falta de protocolos que impidan el flujo de información entre la AI y la ST. Dicho razonamiento carece de congruencia puesto que no hay una relación lógica necesaria entre la supuesta falta de protocolos y el supuesto acceso a la investigación por parte de la ST. En este sentido, al no presentar elementos de convicción o razonamientos lógico-jurídicos que permitan acreditar sus conclusiones, las manifestaciones de NESTLÉ constituyen meras afirmaciones sin sustento alguno y, al no combatir el ACUERDO DE INICIO (no combaten la existencia de la operación, ni los montos que la misma implicó), resultan **inoperantes**.

4.3 Supuesta inconstitucionalidad de diversos preceptos aplicados en el EXPEDIENTE

Se señala que esta autoridad no puede analizar los argumentos de NESTLÉ contenidos en este apartado, toda vez que los mismos refieren a la supuesta inconstitucionalidad de diversas normas aplicadas en el presente procedimiento, sin que esta autoridad pueda pronunciarse respecto a la constitucionalidad de las normas que refiere NESTLÉ en su escrito de contestación al ACUERDO DE INICIO.

4.3.1 Inconstitucionalidad de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012

Los agravios en el presente apartado tienden a combatir la constitucionalidad de diversas normas jurídicas, materia que escapa del ámbito de competencia de esta COFECE, por lo cual, dichos argumentos resultan inoperantes, sin perjuicio de que sean objeto de escrutinio por parte del órgano de control de constitucionalidad competente.

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹¹⁵

La fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, en correlación con el artículo 35, fracción VII de ese mismo ordenamiento, es inconstitucional, por vulnerar las exigencias del principio de seguridad jurídica y de legalidad. Lo anterior, pues dicho precepto prevé obligaciones a cuyo incumplimiento está asociada una sanción, sin respetar el principio de taxatividad, dejando a la arbitraria interpretación posterior los escenarios de posible incumplimiento.¹¹⁶

Existe la obligación de notificar una concentración en los supuestos ahí especificados y que al incumplimiento de dicha obligación se asocia una multa hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico -o bien, hasta por el equivalente a cuatrocientas mil veces el salario mínimo para los agentes que, por cualquier causa, no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables para efectos del Impuesto Sobre la Renta (como SDEP y NESTEC). En la medida en la que dicha multa sólo puede imponerse en el contexto del derecho administrativo sancionador, en el diseño de dicho precepto debió respetarse, entre otros, el principio de taxatividad (conforme al cual cualquier figura establecida en la ley que pudiera resultar en la imposición de sanciones a los particulares debe ser clara, precisa y debe contener todos los elementos necesarios para que el particular sepa a qué atenerse con su conducta). Lo anterior, con la finalidad de que el análisis que un agente económico realice respecto de una posible transacción pueda basarse en criterios claros que le brinden certeza jurídica respecto de si se actualiza o no el umbral monetario que detona la obligación correspondiente.¹¹⁷

Estimo que el sistema normativo en comento adolece de claridad, lo que hace que exista una contravención al artículo 14 de la CPEUM. Es decir, el Legislador debió garantizar

¹¹⁵ Páginas 16 a 20 del ESCRITO DE NESTLÉ.

¹¹⁶ NESTLÉ cita los artículos 20, 35 y 35 bis de la LFCE 2012.

¹¹⁷ NESTLÉ cita la siguiente Tesis Aislada: "*DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DE SUS FINES.*" [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 10, Septiembre de 2014; Tomo I; Pág. 573. 1a. CCCXV/2014 (10a.). Registro No. 2 007 407.

que los criterios para la aplicación del artículo 20 de la LFCE 2012 generaran certeza en favor de los gobernados y no lo hizo.

La disposición no permite al gobernado prever las consecuencias de sus actos, pues no permite conocer si operaciones atípicas (diferentes a fusiones y adquisiciones) están sujetas a la obligación previa de notificar. Adicionalmente, suponiendo sin conceder que la obligación prevista en el artículo 20 de la LFCE 2012 sea claramente aplicable a operaciones atípicas, lo cierto es que no prevé criterios que permitan determinar cómo es que una operación de ese tipo puede llegar a actualizar el umbral.

Como consecuencia, la mencionada fracción deja al arbitrio de la autoridad la definición, *ex post*, de los criterios que debió atender un determinado agente económico para analizar si una concentración era notificable o no. Aceptar esta situación como válida nos llevaría al absurdo de sostener que el agente económico, previo a la celebración de una operación, tiene el deber de conocer todas las posibles técnicas aplicables a la valuación (las exploradas, las no estandarizadas y aquellas que podrían ser creadas *ex post* por los servidores públicos de la COFECE), obligación que sería de imposible cumplimiento y violatoria del principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Además, distorsiona el principio de neutralidad del vehículo empleado en las concentraciones - implícito en la libertad de empresa- pues tal inseguridad jurídica generará los incentivos para que las empresas opten por vehículos tradicionales que no necesariamente se ajustan a los objetivos buscados con la transacción, con tal de evitar los riesgos asociados a la implementación del vehículo atípico.¹¹⁸

Lo hasta aquí expuesto es consistente con las mejores prácticas internacionales, cuya tendencia es establecer y aplicar umbrales claros, transparentes, congruentes y predecibles, que proporcionen certidumbre a quienes participan en una determinada operación.

En la medida en la que los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012 permiten que la COFECE condene al gobernado al pago de sanciones administrativas (y les exponga a daños reputacionales) con base en especulaciones, este precepto es inconstitucional.

Como se señaló previamente, los argumentos de NESTLÉ son inoperantes debido a que en este procedimiento no corresponde y esta autoridad no es competente para pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad de normas ya que dicha competencia se encuentra reservada al Poder Judicial de la Federación.

No obstante, se señala que los argumentos de NESTLÉ que refieren a “*si operaciones atípicas (diferentes a fusiones y adquisiciones) están sujetas a la obligación previa de notificar*”, son incongruentes, toda vez

¹¹⁸ NESTLÉ cita la siguiente Tesis Aislada: “**DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS. CONDICIONES PARA LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE SU APLICACIÓN, EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.**” [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 50, Enero de 2018; Tomo IV; Pág. 2112. I.Io.A.E.221 A (10a.). Registro No. 2 016 087.

que pretenden evidenciar la supuesta inconstitucionalidad de la definición de concentración establecida en la LFCE 2012, siendo que dicha definición se encuentra en el texto del artículo 16 de la LFCE 2012, y NESTLÉ únicamente realiza argumentos de la supuesta inconstitucionalidad del artículo 20, fracción I, de la LFCE.

Asimismo, NESTLÉ realizó una transcripción de las fracciones I, II y III del artículo 20 de la LFCE 2012, sin embargo, se puntualiza que en el ACUERDO DE INICIO específicamente se señaló que posiblemente se actualizó la hipótesis prevista en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, en ese sentido, los argumentos relativos a la supuesta inconstitucionalidad de las fracciones II y III del artículo 20 de la LFCE 2012, son **inoperantes** por **gratuitos**, ya que no constituyen el fundamento del ACUERDO DE INICIO.

4.3.2 Inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 133 de las DRLFCE

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹¹⁹

El artículo 133, fracción II, de las DRLFCE es inconstitucional, pues (i) las facultades de investigación están reservadas para la AI, tanto en la CPEUM como en la LFCE, y (ii) otorgar facultades investigatorias a la ST implica violar la garantía de separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve los procedimientos, prevista en la fracción V del párrafo vigésimo del artículo 28 de la CPEUM.

La obligación constitucional señalada fue retomada en la exposición de motivos de la LFCE en donde la Comisión de Economía del Congreso señaló la relevancia de la separación en la COFECE entre la AI y la que resuelve, conceptualizando a una AI y a una acusadora en un procedimiento adversarial, frente al agente económico en cuestión.

La LFCE prevé para sus procedimientos (e.g., de prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, condiciones de mercado, u otros) una etapa específica de investigación, así como un procedimiento seguido en forma de juicio, donde se concede al gobernado la garantía de audiencia.

La LFCE también establece en su artículo 26 que *“La Autoridad Investigadora es el órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio”*, y en su artículo 33 que la AI *“en el desempeño de su encargo, [...] será independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño e imparcial en sus actuaciones, sujetándose a los principios de legalidad, objetividad, certeza, honestidad, exhaustividad y transparencia [...]”*. Con ello, el legislador reservó a dicho órgano las diligencias de investigación y creó lo que a su juicio son las garantías institucionales que impiden que el principio constitucional de separación se incumpla.

Ahora bien, el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la CPEUM, establece que la COFECE podrá *“emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia”*. Esta facultad, bajo el Modelo de Estado Regulador, se ha interpretado en el sentido de que la COFECE puede

¹¹⁹ Páginas 20 a 25 del ESCRITO DE NESTLÉ.

innovar normativamente, sin necesidad de que exista una predeterminación legislativa de las figuras que pretenden atenderse.

Sin embargo, la facultad regulatoria de la COFECE no podría traducirse en una facultad sin límites, pues está sujeta a los principios de legalidad y subordinación jerárquica, por lo que debe respetar las restricciones que, constitucional y legalmente, se imponen en cuanto a esas facultades y sus cauces específicos.¹²⁰

La Segunda Sala de la SCJN resolvió en sesión de veintidós de noviembre de dos mil diecisiete, en el amparo en revisión 217/2017, que la COFECE cuenta con la atribución de investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Sin embargo, lo anterior no implica que la COFECE tenga una facultad absoluta para investigar cualquier conducta, sino que, en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, esta facultad indagatoria debe entenderse acotada a la naturaleza constitucional y legal de dicha autoridad, así como al marco legal que establece sus atribuciones. Así, la COFECE puede iniciar investigaciones para cumplir con el objeto de que constitucional y legalmente tiene conferido, pero únicamente a través de los cauces y procedimientos que expresamente establezca la normativa aplicable.

Entre las restricciones aplicables a la facultad regulatoria de COFECE, se encuentran tanto el principio constitucional de separación, como el principio de subordinación jerárquica a lo dispuesto en la LFCE; en otras palabras, en dichas disposiciones regulatorias debe respetarse la reserva legal que la LFCE hizo para garantizar el principio de separación. Por ello, las disposiciones regulatorias que la COFECE emita no pueden conferir facultades de investigación a autoridades distintas a la AI.¹²¹

La fracción II del artículo 133 de las DRLFCE faculta al ST para indagar sobre la existencia de elementos para imputar un posible incumplimiento a la obligación de notificar una concentración. En otras palabras, concede facultades de investigación a un órgano distinto a la AI, el cual, además, no cuenta con las garantías institucionales tendientes a la separación entre la autoridad que investiga y la que resuelve -de hecho, el artículo 18 del ESTATUTO prevé que la ST depende jerárquicamente del Pleno, lo que implica que no es independiente.

En consecuencia, la fracción II del artículo 133 de las DRLFCE a partir de la cual el ST requiere información a los particulares para indagar sobre un posible incumplimiento a

¹²⁰ NESTLÉ cita la siguiente Jurisprudencia: “*INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR.*” [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 25, Diciembre de 2015; Tomo I; Pág. 34. P./J. 48/2015 (10a.). Registro No. 2 010 669.

¹²¹ NESTLÉ refiere el artículo 133 de las DRLFCE cuya última reforma fue la publicada en el DOF el catorce de febrero de dos mil dieciocho.

la obligación de notificar, es inconstitucional. En consecuencia, también lo son aquellos procedimientos de investigación sustanciados en los términos de ese precepto.

Se reitera que este procedimiento no es procedente y esta autoridad no es competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normas, por lo que sus argumentos son inoperantes.

4.3.3 Inconstitucionalidad de la fracción I del artículo 133, en relación con los artículos 118, 119 y 120, todos de las DRLFCE

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹²²

El artículo 133, fracción I, relacionado con los artículos 118, 119 y 120, todos de las DRLFCE contravienen el orden constitucional, pues desarrollan aspectos que no son propios de su función regulatoria y resultan violatorios del principio de subordinación jerárquica.

El Pleno de la SCJN, en la Controversia Constitucional 117/2014, sostuvo como competencias comunes de la COFECE y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, las facultades regulatorias, tanto de carácter interno (párrafo vigésimo, fracción IV) como de carácter externo (fracción IV). Esas normas están limitadas material y jerárquicamente por estar sujetas a la idea reguladora de pesos y contrapesos, es decir, a que se creen balances que impidan la concentración de poder o la distorsión en el sistema de competencias previsto constitucionalmente. Así, las normas de los órganos constitucionales autónomos están sujetas al estándar mínimo de revisión competencial en el ámbito material de la regulación y a la no invasión de la facultad legislativa del Congreso de la Unión, definida en el artículo 73 de la CPEUM.

También -explica el Pleno de la SCJN- se tendría que asegurar que el foro apropiado y apto para resolver sobre la suerte de los bienes de las personas quede a cargo del Poder Legislativo pues, en todo caso éste tendría que decidir exclusivamente el qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, pero correspondería a los órganos constitucionales autónomos, como órganos expertos y técnicos, emitir los instrumentos regulatorios en un ámbito de su competencia material -no sólo instrumentos de ejecución- y producir normas operativas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo.

El modelo de Estado Regulador permite a la COFECE regular cuestiones novedosas en su normativa, pero tal normativa no debe contravenir lo dispuesto expresamente en la LFCE. De este modo, las DRLFCE están sujetas al principio de subordinación jerárquica en su vertiente de no contradicción.¹²³

El Legislador estableció como únicos incidentes a ser sustanciados por la COFECE, los de cumplimiento y ejecución de las resoluciones de esa COFECE. Estableció también

¹²² Páginas 25 a 29 del ESCRITO DE NESTLÉ.

¹²³ NESTLÉ cita el artículo 132 de la LFCE.

que el incidente previsto en la LFCE se sustanciaría de conformidad con esa Ley y, en lo no previsto, con el CFPC.

No obstante, la COFECE emitió sus DRLFCE y estableció el incidente para comprobar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, en el artículo 133, fracción I, en relación con los diversos 118 y 119.¹²⁴

Los mencionados artículos de las DRLFCE contravienen el principio de reserva de ley en virtud de que: (i) establecen un procedimiento que resolverá sobre la suerte de los bienes de las personas, que debería ser una facultad exclusiva del Legislativo; (ii) establecen el qué, quién, dónde y cuándo respecto del procedimiento para comprobar el cumplimiento de la obligación de notificar una concentración; (iii) no se está estableciendo una norma operativa ni técnica, sino un procedimiento incidental seguido en forma de juicio cuya competencia corresponde a la esfera legislativa y, (iv) no es una norma que deba estar sujeta al seguimiento y adaptación al corto plazo ya que justamente debe propiciarse que los procedimientos que puedan causar un menoscabo en la esfera jurídica de los particulares brinden seguridad jurídica, lo que no se logra si las reglas del procedimiento son “temporales”.

Adicionalmente, el precepto contraviene el principio de jerarquía normativa en su vertiente de no contradicción. Los únicos incidentes previstos en Ley son los relativos al cumplimiento y ejecución de resoluciones de COFECE. Por ello, las DRLFCE, al establecer la tramitación incidental para sustanciar lo relativo al cumplimiento de la obligación de notificar, excede lo dispuesto en la Ley.

Las implicaciones de los vicios apuntados son notoriamente relevantes. En efecto, al establecer que este tipo de asuntos se tramitan por la vía incidental, se limitan injustificadamente los plazos para atender la imputación y hacer valer una defensa adecuada. Nótese que mientras la ST cuenta con hasta doscientos cuarenta días para investigar y con veinte días adicionales para formular su imputación derivada de la supuesta obligación de no notificar, al gobernado se le concede un exiguo plazo de cinco días para analizar la imputación, estructurar su estrategia de defensa, preparar sus pruebas y responder la vista que se le concede en el inicio del incidente.

Las argumentaciones antes señaladas son inoperantes debido a que esta autoridad no es competente para resolver sobre la inconstitucionalidad de normas.

4.4 Sobre las manifestaciones relacionadas con el ACUERDO DE INICIO

4.4.1 Sobre la aplicación de los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹²⁵

Demostraré que para imputar responsabilidad por supuesto incumplimiento al artículo 20 de la LFCE 2012 y aplicar la sanción prevista en el artículo 35, fracción VII, de ese

¹²⁴ NESTLÉ cita los artículos 133, 118 y 119 de las DRLFCE.

¹²⁵ Páginas 30 a 38 del ESCRITO DE NESTLÉ.

mismo ordenamiento (o la prevista en el artículo 35 bis, fracción III), debe evaluar previamente si al momento del cierre de la operación, la obligación de notificar estaba claramente definida por lo que respecta a la operación, de tal forma que no existiera duda para las empresas involucradas sobre las consecuencias de sus actos. En otras palabras, que debe respetarse el principio de legalidad, por lo que la aplicación de los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012 no puede basarse en especulaciones *ex post* de la autoridad (y aplicadas en retrospectiva) sobre el valor acordado para el uso de una marca.

El artículo 16 de la LFCE 2012 incluía una definición amplia de operaciones que podían someterse a la evaluación previa de concentraciones. Este enfoque era consistente con el principio de neutralidad sobre el vehículo de la concentración, y pretendía salvaguardar el derecho de las empresas a acceder a mecanismos de análisis de concentraciones - incluso de manera voluntaria- para obtener certeza jurídica sobre la regularidad de sus efectos de cara al proceso de competencia.

En contraste, el artículo 20 de la LFCE 2012 establecía el deber de notificar ciertas concentraciones antes de que se llevaran a cabo, a cuyo incumplimiento se asoció una sanción de hasta el cinco por ciento de los ingresos del agente económico infractor, o bien, de hasta cuatrocientas mil veces el Salario Mínimo para los agentes económicos que por cualquier causa no declararan impuestos. Al pretender imputar responsabilidad por incumplimiento a la obligación en comento, la COFECE tiene la obligación de respetar las exigencias del derecho administrativo sancionador.

El derecho administrativo sancionador guarda una relación estrecha con los principios del derecho penal. Entre dichos principios se encuentra el de aplicación estricta de la Ley, incluso, en el Modelo de Estado Regulador.¹²⁶

En el contexto del derecho administrativo sancionador, es necesario evitar interpretaciones extensivas que se alejen de la literalidad del enunciado normativo donde se encuentra la obligación cuyo incumplimiento se sanciona. De lo contrario, se permitiría la emisión de resoluciones que impedirían a los gobernados programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente.

Dicha aproximación es consistente con las mejores prácticas internacionales, de las que se advierte la tendencia a establecer claramente cuándo hay una obligación de notificar una concentración, mediante la aplicación de umbrales claros que proporcionen certidumbre a quienes participan en una determinada operación.¹²⁷

¹²⁶ NESTLÉ cita la siguiente Tesis Aislada: “*DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS. CONDICIONES PARA LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE SU APLICACIÓN, EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD*” [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 50, enero de 2018; Tomo IV; Pág. 2112. I.1o.A.E.221 A (10a.). Registro No. 2 016 087.

¹²⁷ NESTLÉ cita: i) “*IBA mergers working group comments on the French Competition Authority public consultation on the modernization and the simplification of merger Control, 29th November 2017*”; ii) http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/iba_id_caneen_2017.pdf p. 2.; iii) <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>. páginas 5 y 6 .; y iv) <http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>. página 14.

El artículo 20 de la LFCE 2012, al definir las operaciones que debían ser notificadas, se ajustó a una definición estrecha de fusiones y adquisiciones (operaciones típicas, tales como compraventa de acciones y activos tangibles). Por tanto, nada decía en torno a la obligación de notificar operaciones diferentes a ellas -como los contratos de licencia- ni sobre los criterios para analizar cómo es que este otro tipo de operaciones pueden llegar a ser consideradas como concentraciones y, en su caso, actualizar los umbrales.

En tales condiciones, en aplicación de los principios de tipicidad y estricta aplicación de la ley, los umbrales del citado artículo 20 no aplican expresamente a operaciones complejas que involucran contratos de licenciamiento de marcas. En efecto, de su literalidad no se advierte esa situación, y tratar de interpretar extensivamente su alcance para que incluya operaciones como éstas -como lo pretende hacer la COFECE al sostener en la página 26 de la imputación que las licencias deben entenderse como una adquisición, es contrario a los principios sustantivos que rigen el procedimiento que nos ocupa.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que el artículo 20 de la LFCE 2012 sí es aplicable a operaciones no tradicionales que involucran contratos de licenciamiento de marcas, ni la LFCE 2012 ni la Guía para la Notificación de Concentraciones -aplicable en el dos mil trece, cuando la operación fue realizada- proporcionaban criterios vinculantes mínimamente claros:

- a. Sobre cómo evaluar cuándo dos o más contratos pueden configurar una sucesión de actos de acuerdo con la ley, especialmente cuando dichos actos son suscritos por diferentes entidades. De hecho, la Guía, en su numeral 38, reconoce esta situación y expresamente enfatiza: *“La Comisión no tiene un criterio explícito para definir sucesión de actos”*. Y no es relevante que la Guía estableciera que *“en la práctica, se ha considerado como la secuencia o serie de operaciones que permiten a un agente económico concentrar (...) activos, con respecto al mismo agente o grupo económico (...)”*, dado que dicha declaración constituye sólo una descripción de lo que decidió en casos anteriores la extinta Comisión Federal de Competencia (en procedimientos de notificación previa), mas no un criterio vinculante cuya transgresión pudiese usarse para imputar una infracción administrativa (a daños reputacionales) por falta de notificación.

- b. Sobre cómo evaluar transacciones complejas que implican

B

[REDACTED]

AI

respecto, es importante considerar lo siguiente:

Eliminado: noventa y tres palabras

- i. Cuando se cerró la operación no existía la obligación legal (tampoco existe ahora) que requiriera considerar que un acuerdo de licencia es una adquisición de activos. Ni siquiera la Guía de Notificación de Concentraciones (que no contiene criterios vinculantes) consideró esto como una sugerencia de análisis (la actual Guía tampoco considera esto).
- ii. Suponiendo sin conceder que un acuerdo de licencia se pueda ver como una adquisición de activos, cuando se cerró la operación no existían criterios vinculantes (tampoco existen ahora) que establecieran las características que debía tener un contrato de licencia (materiales, temporales, costos de salida, etc.) para ser considerado una adquisición de activos. Ni siquiera la Guía de Notificación de Concentraciones (que no contiene criterios vinculantes) consideró esto como una sugerencia de análisis (la actual Guía tampoco considera esto).
- c. Suponiendo sin conceder que un acuerdo de licencia pueda considerarse una adquisición de activos, sobre si **B** de dicho acuerdo se deben de considerar para el cálculo de los umbrales o no, teniendo en cuenta que **B** no son el valor de las marcas.
- d. Suponiendo sin conceder que **B** deban ser consideradas para el cálculo de los umbrales, sobre si dicho cálculo debe de considerar únicamente el pago recibido al momento del cierre de la operación o el pago total que será recibido durante la vigencia del contrato (especialmente cuando una operación contempla cláusulas de terminación anticipada, como es el caso de la LICENCIA DE MARCA).
- e. Suponiendo sin conceder que se deba considerar el pago total que será recibido durante la vigencia del contrato para el cálculo de los umbrales, sobre si se debe realizar una simple suma de los valores nominales estimados de pagos a ser recibidos o se debe calcular dicha suma a valor presente considerando, además, un valor de incertidumbre. En este caso, no existe criterio vinculante respecto a qué tasa de descuento debe de aplicarse al cálculo para el costo de oportunidad del financiamiento.
- f. Sobre cómo se calcula el impacto que tiene en el valor de la operación (i) el hecho de que el negocio no sea rentable para el supuesto vendedor, o (ii) el que los conceptos de la operación sean registrados contablemente en los estados financieros en ciertas partidas individuales (i.e., activos, costos diferidos, entre otros) por el supuesto comprador.

La inexistencia de criterios claros sobre los aspectos mencionados no puede ser válidamente utilizada en perjuicio de NESTLÉ. Imputarle responsabilidad en tales circunstancias implica permitir que las obligaciones de notificar se construyan *ex post* a partir de las especulaciones que sobre el valor de una transacción realice la autoridad de competencia, lo cual vulneraría los principios de seguridad jurídica, tipicidad y exacta aplicación de la norma, que rigen en el derecho administrativo sancionador.

Eliminado: seis palabras

Además, la incertidumbre apuntada no puede ser utilizada en perjuicio de NESTLÉ, pues es atribuible al incumplimiento, por parte de esa COFECE, de mandatos legales que le ordenaban crear criterios técnicos en esta materia. En efecto, el diez de mayo de dos mil once, se publicó en el DOF el *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación”*. Mediante dicho decreto, se adicionó una fracción XVII bis al artículo 24 de la LFCE 2012, en cuyos incisos (c) y (k) se estableció el deber de la extinta Comisión Federal de Competencia de emitir, al menos cada 5 años, criterios técnicos vinculantes -diferentes a una mera guía- relacionados con concentraciones y con todos los aspectos necesarios para el efectivo cumplimiento de dicha Ley.

La falta de la COFECE se observa a partir de los artículos primero y segundo transitorios del decreto antes referido.¹²⁸

Considerando lo anterior, la Comisión tenía hasta el once de noviembre de dos mil once para emitir los criterios técnicos ordenados por el legislador, y no lo hizo. De hecho, al día de hoy, esos criterios técnicos tampoco existen.

En este punto, es importante realizar una analogía con otra materia donde la conducta espontánea del particular es fundamental al igual que en el aviso de concentración y es precisamente la materia fiscal, donde con base en el principio de autodeterminación fiscal el particular determina y entera sus impuestos en una interpretación de las normas fiscales. En esa materia, existe un adecuado marco jurídico compuesto por leyes, reglamentos, normas de tercer nivel (Miscelánea fiscal y de Comercio Exterior), Criterios no Vinculantes y Circulares Informativas, que permite al gobernado tener claridad en su acción frente al fisco. Con todo ello, se busca dotar al gobernado de certeza jurídica respecto a los supuestos y consecuencias de la norma que le impone una obligación, situación que en el particular no acontece.

Así, es notoriamente improcedente que los efectos de esa omisión por parte de la autoridad de competencia pretendan ser usados en perjuicio de NESTLÉ. Dado lo explicado, la emisión de los anteriores criterios técnicos era absolutamente necesaria para: (i) brindar certeza legal sobre el tratamiento que el régimen jurídico de concentraciones daría a los contratos de licencia de largo plazo y, en su caso, sobre la forma en que los umbrales serían aplicados a este tipo de transacciones y, en consecuencia, (ii) establecer las condiciones jurídicas mínimas indispensables para que la Comisión pudiera investigar y sancionar la supuesta falta de notificación de contratos de licencia (en atención a los principios del derecho administrativo sancionador).

¹²⁸ “ARTÍCULO PRIMERO. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo lo dispuesto en los artículos tercero, cuarto y sexto transitorios siguientes.

ARTÍCULO SEGUNDO. En un plazo no mayor a seis meses a partir de la entrada en vigor del presente decreto, el Pleno publicará los criterios técnicos a que hace referencia el artículo 24, fracción XVIII bis, incisos a) a j) de la Ley Federal de Competencia Económica”.

NESTLÉ afirma que la aplicación de los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012 no puede basarse en especulaciones *ex post* de la autoridad, al considerar que el artículo referido, al definir las operaciones que debían ser notificadas, se ajustó a una definición estrecha de fusiones y adquisiciones (operaciones típicas, tales como compraventa de acciones y activos tangibles). Por lo tanto, NESTLÉ afirma que ese artículo nada decía en torno a la obligación de notificar operaciones diferentes a ellas (como los contratos de licencia) ni sobre los criterios para analizar cómo es que este otro tipo de operaciones pueden llegar a ser consideradas como concentraciones y, en su caso, actualizar los umbrales previstos en la LFCE 2012.

Dicho argumento es **infundado**, puesto que, contrario a lo señalado por NESTLÉ, el artículo 20 de la LFCE 2012 no establece que únicamente las fusiones y adquisiciones, tales como compraventa de acciones y activos tangibles, sean las únicas que deban ser notificadas a esta COFECE. Esto, considerando que de la lectura del artículo 20, en correlación con el artículo 16 de la LFCE 2012, se deben notificar a esta COFECE, las concentraciones que cumplan con alguno de los supuestos de las fracciones de dicho artículo; asimismo, la misma LFCE 2012 estableció que una concentración era “la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos” [énfasis añadido].

Es decir, la LFCE 2012 no estableció que solamente las fusiones y adquisiciones fueran las únicas operaciones que debían ser notificadas a esta COFECE, sino que además señaló que cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realizaran entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos, que además se encontrara en alguno de los supuestos previstos en las fracciones I, II y III del artículo 20 de la LFCE 2012, debían ser notificadas.

Asimismo, NESTLÉ refiere que “en aplicación de los principios de tipicidad y estricta aplicación de la ley, los umbrales del citado artículo 20 no aplican expresamente a operaciones complejas que involucran contratos de licenciamiento de marcas”, no obstante, dicha afirmación es **infundada**, puesto que, como se ha referido, el artículo 16, en correlación al artículo 20, ambos de la LFCE 2012, no establecen una limitante para que esta COFECE analice si una operación, en la que: (i) hubo compraventa de activos; (ii) se otorgaron licencias de marcas para uso y explotación, así como derechos de marca; y (iii) la compra de inventarios de materia prima y embalaje, así como de producto terminado, rebasó los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE 2012, como ocurre en la especie.

Tal como será referido en apartados posteriores de esta resolución, la operación que motivó el ACUERDO DE INICIO consistió en:

- i) [REDACTED] B [REDACTED];

Eliminado: seis palabras

ii) la [REDACTED] B

iii) [REDACTED] B

Así, la operación que nos ocupa ciertamente encuadra en los supuestos previstos en los artículos 16 y 20 de la LFCE 2012, ya que la misma [REDACTED] B

[REDACTED] al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, sin que se desprenda una interpretación de los artículos 16 y 20 de la LFCE 2012, que vulnere los “*principios de tipicidad y estricta aplicación de la ley*”, tal como alega NESTLÉ, precisamente porque de la simple lectura de los artículos citados, y lo detallado en el ACUERDO DE INICIO respecto de las características de la operación, es posible afirmar que la LFCE 2012 previó que los actos jurídicos que implicaran la toma de control o la unión de activos o empresas fueran notificadas a esta COFECE.

Incluso, aun cuando NESTLÉ únicamente refiera que la operación consistió en la LICENCIA DE MARCA, la operación que nos ocupa también incluyó [REDACTED] B, y al respecto, NESTLÉ no realiza manifestación alguna.

NESTLÉ afirma que ni la LFCE 2012 ni la Guía para la Notificación de Concentraciones, proporcionaban criterios vinculantes mínimamente claros, lo que trajo como consecuencia que no hubiera certeza sobre el tratamiento que esta COFECE daría a los contratos de licencia de largo plazo y sobre la forma en que los umbrales serían aplicados a este tipo de transacciones; así como establecer las condiciones jurídicas mínimas indispensables para que la COFECE pudiera verificar y sancionar la supuesta falta de notificación de contratos de licencia.

El argumento es **infundado**, debido a que, contrario a lo que afirma NESTLÉ, la LFCE 2012, en sus artículos 16 y 20, fracción I, era clara en cuanto a (i) a que se debía entender como concentración, además de las fusiones y adquisiciones, toda acumulación de activos en general, y (ii) que el acto o sucesión de actos que le den origen a las concentraciones que rebasaran un monto equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general vigente debían ser notificadas previo a que se lleven a cabo.

Así, en el ACUERDO DE INICIO, específicamente, se señaló que: “*esta autoridad considera que la operación analizada podría haber rebasado el umbral previsto en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2013*”; es decir, el ST estableció en el ACUERDO DE INICIO que la operación materia del presente

¹²⁹ Mediante la LICENCIA PERPETUA DE MARCA, NESTLÉ otorgó a INNOVACIÓN un “*derecho exclusivo, totalmente pagado, perpetuo, irrevocable, totalmente transferible, totalmente sublicenciable [para] utilizar, reproducir, exhibir, distribuir, crear otras derivadas de y de otra manera explotar*” las marcas “Chambourcy”, “Chiquitín” y “Club”, aclarando que la marca “Club” se otorgó para “*todos los países y territorios de América del Norte, Centroamérica y Sudamérica*”, y las demás marcas, únicamente para México. Por lo que hace al resto de las marcas señaladas, mediante la LICENCIA DE MARCA, NESTLÉ e INNOVACIÓN pactaron que las licencias tendrían una vigencia de veinte años con renovaciones automáticas de un año.

procedimiento consistía en un “acto o sucesión de actos que les den origen [que] importen en la República, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal”.

Es decir, se determinó que la operación ([REDACTED] B) importó en la República una cantidad superior a la establecida en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

De este modo, no es posible concluir que los umbrales, o los elementos para calcularlos, generaron algún tipo de incertidumbre; muy por el contrario, de conformidad con la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, existía certeza plena respecto del monto que debía considerarse como umbral (mil ciento sesenta y cinco millones seiscientos ochenta mil pesos). Aunado a ello, los propios actos jurídicos que generaron la concentración de activos notificable contenían las cantidades líquidas que, sumadas entre sí, claramente rebasaron ese umbral. Resultan igualmente infundados los argumentos de NESTLÉ, referentes a que era desconocido para NESTLÉ [REDACTED] B [REDACTED] debió ser notificado; lo anterior, porque dicho instrumento era parte de una sucesión de actos que acumularon activos que, con base en valores determinados y ciertos (para el caso del contrato de licencia, [REDACTED] B [REDACTED]), rebasaron el umbral a que se refiere la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

Considerando que el ACUERDO DE INICIO únicamente contempló que el importe de la operación (\$1,920,603,976.14 (mil novecientos veinte millones seiscientos tres mil novecientos setenta y seis pesos 14/100 M.N.)) representaba una cantidad superior a la establecida en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, es decir, \$1,165,680,000.00 pesos (mil ciento sesenta y cinco millones seiscientos ochenta mil pesos 00/100 M.N.), es que resulta infundado el argumento de NESTLÉ consistente en la falta de criterios claros y precisos sobre los aspectos a tomar en consideración para determinar si una concentración debía o no ser notificada, toda vez que bastaba con que los agentes económicos involucrados reconocieran que el valor de la operación era superior al umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 para que esta fuera notificada.

Adicionalmente, NESTLÉ señala que suponiendo sin conceder que debe considerarse [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED]. Dicho argumento resulta infundado, pues tal como lo afirman los propios agentes económicos, la aplicación de las disposiciones normativas en el derecho administrativo sancionador deben atender al principio de legalidad. En este sentido, [REDACTED] B [REDACTED] sería introducir una variante no reconocida en la legislación, que además generaría incertidumbre e inestabilidad en cuanto a la aplicación del tipo normativo en cuestión. A mayor abundamiento, cabe señalar que tal como lo ha reconocido la SCJN, los umbrales previstos en la legislación de competencia fueron determinados en atención a que ciertas transacciones de determinada magnitud monetaria o trascendencia podrían ocasionar y generar riesgos a los

Eliminado: ciento treinta y tres palabras

mercados.¹³⁰ En ese sentido, la LFCE 2012 establece dichos umbrales monetarios con el propósito de hacer efectivo el sistema preventivo, independientemente de que los proyectos o activos, para propósitos financieros o transaccionales, puedan monetizarse a través de técnicas diversas. En este sentido, si los umbrales establecidos en la LFCE 2012 fueran susceptibles de ser modificados como pretende NESTLÉ, difícilmente podrían conseguirse los objetivos señalados, amén de que se dejaría a los agentes económicos en estado de incertidumbre.

Cabe señalar que la “Guía para la notificación de concentraciones” vigente al momento de la operación¹³¹ establecía criterios interpretativos para la determinación del valor de los activos objeto de la operación, instrumento que fue o debió haber sido del conocimiento de las partes al momento de realizar la concentración.¹³² De acuerdo con dichos criterios, se consideraba por importe el valor o precio pagado por el adquirente, incluyendo dinero, asunción de pasivos o algún tipo de intercambio accionario o de otros activos a pagar por los bienes que son objeto de adquisición y que se encuentran ubicados en territorio nacional. Como será referido en la presente resolución, el importe mínimo de la operación fue conocido por las partes desde antes de la firma de los diferentes convenios y contratos que la perfeccionaron, en este sentido, desde el momento en que se perfeccionaron los contratos estaban en aptitud de conocer que esa operación rebasaba los umbrales establecidos en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

Asimismo, resulta claro que NESTLÉ tiene conocimiento de que las licencias de marcas son concentraciones. En el escrito inicial del CNT-008-2015, que resulta ser un hecho notorio para este Pleno en términos del artículo 100 de las DRLFCE, que fue suscrito por NESTLÉ, SDEP, y NESTEC, dichas personas morales señalaron en los contratos de la operación lo siguiente:

“II. DESCRIPCIÓN DE LA CONCENTRACIÓN, SUS OBJETIVOS Y CLÁUSULAS DE NO COMPETIR.

La transacción que se notifica consiste en:

[...]

b. El otorgamiento a [...] de licencias por un plazo de 20 años, renovables bajo a [...] ciertas condiciones, para el uso y explotación de los derechos de propiedad industrial e intelectual relacionados con el negocio a que se refiere el inciso anterior, particularmente todos los activos intangibles, marcas, derechos inter-marca con otras marcas de Nestlé, know how en la manufactura, marketing y distribución, entre otros [...]”¹³³

¹³⁰ Ejecutoria 235/2017

¹³¹ Disponible en: https://www.cofece.mx/attachments/article/46/Guia_para_la_notificacion_concentraciones.pdf.

¹³² Al respecto la Guía establecía “*Valor de los activos. Existen varias maneras de determinar el valor de los activos y que son aceptadas desde los puntos de vista contable y legal. La Comisión ha seguido la práctica de considerar alguna de las siguientes posibilidades: 1. Valor total de los activos registrado en el balance general, que forma parte de los estados financieros de las sociedades. Al respecto, la Comisión no ha hecho excepciones entre los rubros que conforman los activos. 2. Valor comercial de los activos, que puede diferir del valor asignado en libros. En este caso, la Comisión ha considerado que el valor comercial de los activos equivale al precio pagado por ellos en la transacción.*”

¹³³ Páginas 7 y 8 del escrito inicial del expediente CNT-008-2015.

En el expediente CNT-118-2016, SDEP señaló, junto con los otros notificantes, en el escrito inicial, que notificaba “la compraventa por parte de [...] de los derechos de propiedad intelectual relacionados con [...] [SDEP] (en adelante, la “Transacción”).¹³⁴ De hecho, se señaló en el apartado “Producto involucrado en la Transacción” que “La Transacción involucra la transmisión de los DPIs de la marca de cóctel de tomate con almeja Kermato, propiedad de [SDEP] [...]”. A mayor abundamiento, se remite al apartado 4.4.2 de esta resolución.

Ahora bien, no se pasa por alto que las dos operaciones antes referidas fueron notificadas con posterioridad a la operación analizada en la presente resolución. En este sentido, si bien dichas operaciones no antecedieron a la operación analizada si permiten establecer que NESTLÉ ha notificado operaciones que incluyen activos intangibles de manera consistente a lo largo del tiempo.

Finalmente, llama la atención que NESTLÉ cuestione que se trate en el presente caso de una sucesión de actos, aludiendo a que se realizó la transacción a través de diversas personas morales de NESTLÉ, siendo que en expedientes previos llevados ante esta COFECE las personas morales imputadas por no haber notificado la transacción objeto de este expediente se han ostentado como parte del mismo grupo económico (por ejemplo, en el expediente CNT-008-2015¹³⁵) tal como se apuntó al inicio de esta cuarta consideración de derecho.

Del cúmulo de instrumentos que formaron parte de la operación, se observa que estos tuvieron una relación intrínseca:

La COMPRA DE ACTIVOS [REDACTED] B

[REDACTED],¹³⁶

En atención a dicho contrato fueron celebrados la LICENCIA DE MARCA y la LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA, en los cuales [REDACTED] B

[REDACTED],¹³⁷

En la misma fecha de firma del contrato anterior, fueron firmados el CONTRATO DE CESIÓN¹³⁸ y la LICENCIA PERPETUA DE MARCA,¹³⁹ [REDACTED] B

[REDACTED];

¹³⁴ Páginas 1 y 2 del escrito inicial del expediente CNT-118-2016.

¹³⁵ En la página 5 del escrito inicial presentado en el expediente CNT-008-2015, NESTLÉ, NESTEC y SDEP se identificaron como parte de un mismo grupo de interés económico, señalando que “[REDACTED] B

¹³⁶ Cláusula 10.2 inciso (b) de la Compraventa de Activos.

¹³⁷ Cláusula 2.1 denominada “Otorgamiento de Licencia”, contenida en el Artículo II “OTORGAMIENTO DE LICENCIAS” de la LICENCIA DE PATENTES Y TECNOLOGÍA.

¹³⁸ En el CONTRATO DE CESIÓN se señaló que “[REDACTED] B [REDACTED] B

¹³⁹ En su escrito de veintiséis de junio de dos mil dieciocho NESTLÉ afirmó que “[REDACTED] B [REDACTED] B

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Así, es patente que la operación se conformó de una sucesión de actos en la que participaron, como un solo agente económico, NESTLÉ, SDEP y NESTEC.

Por otro lado, también llama la atención ese cuestionamiento sobre la sucesión de actos, cuando hasta INNOVACIÓN reconoce en su contestación que efectivamente se trató de una sucesión de actos cuando señala que junto con NESTLÉ y SDEP celebró una transacción que comprendió la

B

140

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:¹⁴¹

La autoridad concluye que existen elementos que implican un incumplimiento a los artículos 20 de la LFCE 2012 y 18 fracción IV y 19 del RLFCE.

La ST señala que *“las partes tendrían que haber notificado la concentración antes del último de sus actos.”* Lo cierto es que la ST desestima las afirmaciones de los llamados al procedimiento, sobre la base de que los agentes “B

Con una interpretación irreal de ciertas cláusulas de un contrato (específicamente de la cláusula IX de la LICENCIA DE MARCA), la acusadora omite que el pago hecho al cerrarse la operación fue el que quedó registrado contablemente como el valor de los activos adquiridos. En lugar de estimar eso, considera que ello es solo un anticipo respecto del monto que sería el B y que habría sido conocido por las partes antes de que se realizara la operación, ya que con independencia del pacto consistente en B

Si bien el B, lo cierto es que la intención de las partes en la operación, así como su registro y mecánica real, demuestran que B

La ley aplicable y las normas correspondientes de competencia económica se refieren al valor o monto que tenga la operación en el momento de su celebración y cierre en los actos jurídicos respectivos. Las normas se refieren al momento en que se perfecciona el acto o los actos de sucesión que componen la operación, pero no al momento o momentos de su ejecución y posible cumplimiento futuro. Además, para la cuantificación de los

B

B

¹⁴⁰ Páginas 5 y 6 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

¹⁴¹ Páginas 11 a 17 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

montos de las operaciones, las disposiciones establecen que se utilice el registro del valor de los activos en la contabilidad y estados financieros de las partes.

En otras palabras, debe distinguirse entre el valor de la celebración o perfeccionamiento de los actos de una operación, y sus actos de ejecución en el tiempo. Así, es posible apreciar que para la ley, el valor relevante es aquél que tiene al momento inmediatamente previo a su celebración y perfeccionamiento en el acto o actos “que les den origen”.

Se considera, entonces, lo que se adquiere según su valor o monto al momento de la operación, más aún cuando al respecto hay registros contables. En el caso INNOVACIÓN

B

Dado que en el ejercicio dos mil trece, la operación que celebraron las partes no pasó los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012, esta no tenía que ser notificada.

Ninguna de las normas que regulan la obligación de notificar una concentración establece que los activos involucrados se puedan valorar mediante la mera adición aritmética de la ejecución de los actos previamente perfeccionados, ni tampoco que una licencia se pueda valorar mediante la suma de todas B durante la vigencia de un contrato, peor aún si es de largo plazo.

Se prescinde, en el análisis de la autoridad, el hecho de que los actos jurídicos sujetos a un plazo, particularmente a un plazo amplio, están sujetos a posibles causas de terminación anticipada y de extinción de obligaciones que no pueden soslayarse porque los efectos o ejecuciones de tracto sucesivo podrían no acontecer.

Por lo anterior, el análisis de los contratos y las conclusiones que propone la ST son inexactos y carentes de exhaustividad en relación con los elementos que fueron proporcionados al cumplir los requerimientos de información.

La ST no considera el registro contable del valor de los activos involucrados, ni el posible valor comercial de los activos, lo que demuestra que no se cumplió con el criterio adecuado para considerar si el umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 se podría rebasar o no (por ejemplo, basta leer el artículo 15 de las DRLFCE), sino que se pretende interpretar y crear un método *ad hoc* inusitado para elevar el pretendido monto, para apreciar una operación que, por cierto, ya no podía ser investigada en términos del segundo párrafo del artículo 22 de la LFCE 2012.

Es inexacto que las partes supieran *ab initio* que la operación representaría, incluso en un escenario conservador, una cifra superior al umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012. Por el contrario, al momento de celebrar y perfeccionar los actos relativos a la operación, el monto de la misma fue el que las partes involucradas han manifestado, considerando además que no se trata de una transmisión de la titularidad de los activos que se hubiese pactado con pagos a plazo, sino de una licencia sobre marcas

que implicaría el pago de montos por concepto B a su titular y que ese monto efectivo es incierto y contingente.

De las manifestaciones formuladas por INNOVACIÓN, se desprenden los siguientes temas:

- No se puede considerar la existencia de un monto mayor derivado de un anticipo;
- Las normas de competencia requieren que se considere el valor al momento de realizar la operación, no de su ejecución;
- El contrato pudo concluir antes; y
- Sólo se trata de un contrato de licencia.

No se puede considerar la existencia de un monto mayor derivado de un anticipo

El argumento de INNOVACIÓN es infundado, ya que, distinto a lo que afirma, la interpretación que realizó el ST con relación a los contratos de la operación, en específico con la LICENCIA DE MARCA, fue literal.

La cláusula novena de la LICENCIA DE MARCA, B

[REDACTED]

Aun cuando INNOVACIÓN en su escrito realice manifestaciones en el sentido de que dicho pago no constituía un anticipo de una cantidad mayor, y que la voluntad de las partes se dio en un sentido diferente, lo cierto es que la LICENCIA DE MARCA resulta clara en cuanto a la existencia de un pago anticipado, mismo que se consideraría como el B que se generaran.

Las normas de competencia requieren que se considere el valor al momento de realizar la operación, no de su ejecución

El argumento de INNOVACIÓN es infundado.

En principio, INNOVACIÓN no señala una norma que, de manera textual, establezca que el valor de la operación deberá ser únicamente el efectivamente pagado al momento de la celebración de ésta.

Distinto a lo que interpreta INNOVACIÓN, el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012 señala únicamente que el umbral se determina con base en el monto que importe la operación, ello sin delimitarlo a los pagos efectuados. Por su parte, el artículo 18, fracción IV, del RLFCE establece el

momento en que deben ser notificadas las concentraciones, en el caso concreto, para una sucesión de actos, la notificación debe ocurrir antes de que se perfeccione el último acto por virtud del cual se rebasen los montos; de nueva cuenta, se puede constatar, del dispositivo en cita que no existe una sujeción a la realización de pagos o la transferencia de recursos. Finalmente, el artículo 19 del RLFCE únicamente indica quiénes son los sujetos obligados a notificar la concentración.

De los ordenamientos en cita, no se infiere la existencia de una norma que establezca que los umbrales de las concentraciones únicamente pueden ser actualizados mediante los recursos que hubieran sido transferidos de una parte a otra antes de la operación. La interpretación de INNOVACIÓN podría llegar al extremo de que las partes de una concentración eludan su notificación mediante el establecimiento de pagos que no rebasen los umbrales a la firma de la operación y que podrían ser compensados con pagos posteriores al cierre.

En este contexto, la interpretación realizada por el ST en el ACUERDO DE INICIO es acertada en cuanto a que, [REDACTED] B [REDACTED]

Por su parte, los contratos se perfeccionaron en el momento de su firma, y a partir de ese día se generó a cargo de [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] Es el conocimiento de las cantidades a pagar lo que les permitió a las partes saber el monto de la operación y constatar si superaba los umbrales de Ley, generándose la obligación de notificar la operación.

INNOVACIÓN también señala que se confunde el valor de celebración de la operación con el valor de su ejecución. Tal extremo resulta **inoperante** por redundar en **manifestaciones genéricas**, en tanto no combate los elementos que llevaron a cuantificar el monto determinado en el ACUERDO DE INICIO.

[REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] Es decir, las partes tenían pleno conocimiento del monto mínimo que importaba la operación bajo la LICENCIA DE MARCA desde el momento de la firma del contrato, pues sin importar los escenarios que se presentaran bajo la ejecución del contrato, el monto mínimo a pagar tendría que ser cubierto.

Aunado a lo anterior, [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED]

En cuanto a la falta de exhaustividad del ACUERDO DE INICIO, derivada de no haber considerado el valor de los activos registrados en libros, la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 señala que el monto a considerar para la actualización del umbral debe ser el valor de la operación, sin perjuicio del valor que en libro se hubiera brindado a algunos de los activos involucrados en la operación. En el caso concreto, las partes conocían el valor de la operación desde el momento de su celebración,

ya que era posible cuantificar en forma precisa el [REDACTED] B

Resulta natural que, en el caso concreto, dado la certeza sobre el monto que representaban las [REDACTED] B por lo que el valor registrado en libros no corresponde con lo que, a la luz de la LICENCIA DE MARCA, será cubierto por [REDACTED] B

Incluso, la Guía de Concentraciones vigente al momento del perfeccionamiento de la operación consideraba que debía tomarse en cuenta el valor que resultara más alto de entre el valor comercial y el valor de los activos involucrados en una operación, esto con el objeto de evitar que los agentes eludieran la obligación de notificar una concentración a través de una subvaloración de los activos involucrados en la misma, ya sea a través de un precio inferior o un registro inferior en libros.

En el caso concreto, [REDACTED] B
[REDACTED] B
Bajo los términos de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B

Con relación a lo anterior, INNOVACIÓN señala que ninguna norma faculta a la autoridad para hacer valuación de bienes mediante un cálculo aritmético simple mediante la suma de todas [REDACTED] B. Lo anterior resulta **infundado**, ya que el ST de esta Comisión no llevó a cabo una valuación de bienes mediante un cálculo aritmético simple, sino que únicamente tomó en consideración el monto de la transacción que se desprende de los contratos analizados.

Asimismo, esta autoridad cuenta con las atribuciones necesarias para realizar el cálculo de los umbrales con base en la información de que disponga, así como en los valores comerciales que se establezcan en los instrumentos que formen parte de una concentración. En este sentido, el PJJ ha señalado que “[...] *el legislador no describió ni previó una metodología para valuar los activos o el capital social, a fin de determinar la obligación de notificar previamente una concentración, por lo cual, la elección de la forma de comprobar si una operación de ese tipo supera los umbrales previstos en la hipótesis señalada, corresponde a las facultades técnicas discrecionales de la Comisión Federal de Competencia* [...] [énfasis añadido]”.¹⁴³

¹⁴³ Véase el siguiente criterio judicial: “COMPETENCIA ECONÓMICA. MÉTODOS PARA ESTABLECER EL VALOR DE LOS ACTIVOS O DEL CAPITAL SOCIAL ACUMULADO, A FIN DE DETERMINAR LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR PREVIAMENTE UNA CONCENTRACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).” Registro No. 2 018 583; Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 61, diciembre de 2018; Tomo II; Pág. 1070. I.2o.A.E.62 A (10a.).

En el caso concreto, la naturaleza de la operación requirió que se realizara el cálculo de los umbrales con base en el monto establecido por [REDACTED] B

Aunado a lo anterior, en todo caso, todo cálculo de umbrales se repunta como un cálculo aritmético, por lo que resulta erróneo creer que dichos métodos matemáticos no pueden ser utilizados por la COFECE.

El contrato pudo concluir antes

INNOVACIÓN señala que [REDACTED] B en la LICENCIA DE MARCA podrían no tener lugar, debido a que existe la posibilidad de que las partes den por terminado dicho contrato en forma anticipada. Tal argumento resulta **infundado**.

La LICENCIA DE MARCA establecía supuestos para dar por terminado dicho contrato, [REDACTED] B

De acuerdo con ambos principios, [REDACTED] B

En sus argumentos, NESTLÉ pretende que la interpretación se realice sobre la base de que las partes van a incumplirlo en algún momento, siendo que bajo los tres principios jurídicos antes citados (*pacta sunt servanda*, buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), el estudio de los contratos debe realizarse partiendo de su cumplimiento.

Aunado a lo anterior, INNOVACIÓN soslaya el contenido del apartado 11.4 de la cláusula décimo primera de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B

B

B

B

Eliminado: doscientas ochenta palabras

B

144

En términos de la cláusula décimo primera,

B

Suponer que el incumplimiento o no formalización de un contrato entre las partes produce una variación en el monto de la operación pactada y que por ello se eliminaría la obligación de notificarla no es acertado.

La obligación de notificar una concentración no depende de que ésta se lleve a cabo, tan es así que el RLFCE en su artículo 18 establece que esa obligación debe cumplirse antes de que se ejecute. La valoración que hace la Comisión sobre si la operación notificada puede o no generar problemas en materia de competencia se realiza *ex ante* y el hecho de que al final no se ejecute no produce un cambio en el mercado y resulta irrelevante en materia de competencia económica.

Lo que importa es que la COFECE pueda evitar la materialización de una concentración que dañe el mercado antes de que se produzca y eso es lo que el legislador quiso proteger al establecer la obligación de notificarla antes de que se realice.

Si el contrato se incumple, tampoco produce un cambio a las cláusulas pactadas en los contratos en los que se determinó el valor de la operación, sino que genera consecuencias jurídicas que caen en el ámbito civil o mercantil y que es ajeno a la materia de competencia económica. En términos generales, todo contrato o convenio celebrado entre partes puede finalmente incumplirse, y si el argumento fuese cierto, nadie tendría obligación de notificar porque el contrato podría incumplirse.

Además, cuando se negocia una concentración se hace con la expectativa de llevarla a cabo y de ejecutar todos los términos y condiciones del contrato, y con base en esa expectativa se pacta el precio y el bien objeto del contrato. Es ese precio cierto (el valor de la operación) el que debe tomarse en cuenta para verificar si se pasa el umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 y determinar si la operación debe notificarse o no. Por esa razón, no existe duda que los contratos celebrados, indistintamente, entre INNOVACIÓN, NESTLÉ, SDEP y NESTEC, brindaba los elementos necesarios para que dichos agentes económicos calcularan si se pasaban los umbrales o no, previo a que ejecutaran esa operación.

Sólo se trata de un contrato de licencia

Señala INNOVACIÓN que la LICENCIA DE MARCA no se trata de una

B

Tales argumentos resultan infundados, ya que, como se ha mencionado, el acto jurídico de referencia constituye una acumulación de activos y el monto de B era conocido desde el

144

B

B

” (folios 574 y 1135).

momento de la firma del contrato, donde se indicó expresamente su monto y mecanismo de actualización.

B de la LICENCIA DE MARCA, así como las contraprestaciones derivadas de la operación, eran conocidas por las partes desde el inicio del contrato, y distinto a lo que menciona INNOVACIÓN, la operación no solo versó sobre las marcas establecidas en la LICENCIA DE MARCA, sino que también estaban relacionados B

de la LICENCIA DE MARCA, así como B

B

Como se desprende del cúmulo de contratos, la operación no solo versó sobre el otorgamiento de una licencia de marcas, sino que también conllevó B distintas a las establecidas en la LICENCIA DE MARCA.

4.4.2 Sobre B

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁴⁶

A diferencia de lo que sostiene el ST, B establecidas en la LICENCIA DE MARCA no implicaron una adquisición de activos.

La ST sostuvo que las entidades adquirieron diversos activos, específicamente:

- Los activos descritos en la COMPRA DE ACTIVOS;
- Los activos referidos en la LICENCIA DE MARCA;
- Los activos asignados en el CONTRATO DE CESIÓN, y
- Los activos referidos en la LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA.

Es particularmente grave que la ST haya sido omisa en fundar y motivar por qué considera que la celebración de este tipo de contratos debe ser considerada como una adquisición para efectos del artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, pues perpetúa el

145 B B
" (folios 578 y 1135)

¹⁴⁶ Páginas 38 a 43 del ESCRITO DE NESTLÉ.

estado de inseguridad jurídica de NESTLÉ derivado de la ausencia de criterios claros y predecibles.

La LICENCIA DE MARCA y [REDACTED] B no implicaron una adquisición de activos. Lo anterior es claro si se observan (i) el clausulado de la LICENCIA DE MARCA, instrumento a partir del cual COFECE realizó el cálculo preponderante del valor de la transacción; (ii) uno de los precedentes distintivos de la propia COFECE a propósito de desinversión de activos, y (iii) los criterios contables aplicables a [REDACTED] B en un contrato de licencia.

Por lo que respecta a la LICENCIA DE MARCA, su clausulado no deja lugar a dudas sobre los alcances de los derechos y obligaciones concedidos al licenciatario en dicho instrumento, los cuales son notoriamente diferentes a los derechos que tiene el adquirente de un activo. En efecto:

a. En términos del Artículo II, [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

b. En términos del Artículo V, [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

c. En términos del Artículo VI, [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

d. En términos de los Artículos VII y VIII, [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Eliminado: trescientas veinte palabras

Ally
Wey

B

B

e. En términos del Artículo IX,

B

f. En términos del Artículo XI,

B

g. En términos del Artículo XII,

B

Del clausulado referido se advierte que los derechos del licenciatario distan mucho del tipo de derechos que tendría un adquirente, pues

B

A diferencia de lo que sucede con una adquisición que se paga en parcialidades -en la cual la deuda se adquiere desde el momento de la suscripción-

B

Por tanto, el clausulado referido permite concluir que, por virtud de la LICENCIA DE MARCA, no se llevó a cabo ninguna adquisición.

Lo expuesto es consistente con el precedente emitido por la misma COFECE en el expediente CNT-084-2016, donde estableció:

a. Que un arrendamiento no puede ser comparado a una “desinversión” de activos, ya que los activos siguen siendo propiedad del agente y sólo conceden su uso y disfrute temporal.

b. Que una desinversión del negocio sólo puede considerarse cuando acaece una “venta de activos” en estricto sentido.

Eliminado: trescientas diez palabras

c. Que el arrendamiento implica la posibilidad de que el propietario recupere el uso y el disfrute de los activos.

Este criterio es aplicable también al caso que hoy nos ocupa, ya que, si en efecto, no existe una transmisión de activos en un contrato de arrendamiento a largo plazo, tampoco se puede considerar que existe adquisición de activos por virtud de un acuerdo de licencia a largo plazo.

En la LICENCIA DE MARCA también se surten las consideraciones expresadas en el precedente, pues: [REDACTED] B

Adicionalmente, los criterios contables aplicables a [REDACTED] B
[REDACTED] (los cuales constituyen un buen referente en ausencia de criterios técnicos vinculantes en materia de competencia económica), [REDACTED] B
[REDACTED] establecidas en la LICENCIA DE MARCA constituyen una adquisición de activos.

Al respecto, la COFECE fue omisa en analizar los distintos tipos de pago pactados en la LICENCIA DE MARCA y sus condiciones aplicables, en relación con los distintos derechos y [REDACTED] B

De esta manera, [REDACTED] B. Por ello, no es correcto que se hayan considerado [REDACTED] B

[REDACTED] Estos razonamientos son consistentes con los principios de contabilidad generalmente aceptados, y serán demostrados con la prueba pericial en contabilidad que se ofrece.

Derivado de lo anterior, el cálculo que NESTLÉ hace para estimar el valor de la operación es el siguiente:

Concepto	Cantidad
B	B
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
B	[REDACTED]

Eliminado: doscientas palabras

Por tanto, los cálculos realizados por la ST son incorrectos e ilegales.

Si se parte del principio de que la notificación es una obligación que parte de un principio de autodeterminación del agente económico, donde es crucial la buena fe, debe entonces concluirse que ante la ausencia de directrices claras debe darse un peso relevante a interpretaciones como las anteriores, pues de lo contrario se deja al particular en completo estado de indefensión.

Considerar correcto el análisis de la ST llevaría a consecuencias absurdas y no deseables, implicaría que cualquier contrato con cláusulas de pagos periódicos en el futuro se podría considerar como una concentración sujeta a la obligación de notificación. Esto sometería al escrutinio de la COFECE una amplia gama de actos sin tener criterios técnicos adecuados, tales como franquicias y arrendamientos, generando incertidumbre e incentivos distorsionados en los agentes económicos, particularmente en la selección de vehículos para materializar concentraciones.

Por lo expuesto, lo procedente es que el Pleno estime que en el presente caso el pago de **B** no implica una adquisición de activos.

Las manifestaciones de NESTLÉ son infundadas, por las razones siguientes:

NESTLÉ manifiesta que

B

Antecedentes sobre licenciamiento

Se analizarán primero las manifestaciones de NESTLÉ relativas a que la operación no constituyó una adquisición de activos de conformidad con los precedentes mexicanos en materia de competencia económica. En principio, se señala que este argumento es infundado puesto que, en el contexto del establecimiento de condiciones para la autorización de concentraciones, el mismo NESTLÉ ha reconocido en diversas ocasiones que un contrato de licencia puede constituir un mecanismo de desinversión de activos, es decir, reconoce que las marcas son parte de los activos con lo que cuenta en su actividad comercial. En todo caso, la licencia fue un vehículo que sirvió para concentrar activos, y formó parte de una sucesión de actos que incluyó enajenaciones de activos.

NESTLÉ señala que se encuentra en un estado de indefensión puesto que no podría haber concluido que un licenciamiento representaba una concentración conforme al marco legal y los precedentes en materia de competencia. En este sentido, NESTLÉ hace referencia a la resolución del expediente CNT-084-2016 (el cual no es un precedente al presente caso pues el expediente citado es de fecha posterior a los hechos materia de este expediente), en la que, desde su interpretación, se estableció que:

1. Un arrendamiento no puede ser comparado a una desinversión de activos.

2. Que una desinversión del negocio solo puede considerarse cuando acaece una venta de activos.
3. Que el arrendamiento implica la posibilidad de que el propietario recupere el uso y disfrute de los activos.

A partir de lo anterior, NESTLÉ pretende concluir que, a falta de certeza sobre los alcances de un licenciamiento, esos criterios, adoptados para una propuesta de arrendamiento, son aplicables también a la operación analizada. Sin embargo, resulta claro que NESTLÉ tenía conocimiento de que las licencias de marcas pueden generar concentraciones en términos de la LFCE 2012.¹⁴⁷ Así, en el escrito inicial del CNT-008-2015, hecho notorio en términos del artículo 100 de las DRLFCE y que fue suscrito por NESTLÉ, SDEP Nestlé, S.A. y NESTEC, dichas personas morales señalaron:

[REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [...] ¹⁴⁸

Ello, sin dejar de lado que en el ACUERDO DE INICIO se hizo referencia a la concentración de activos en general, ([REDACTED] B [REDACTED]), las cuales en conjunto superaban los umbrales previstos en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

Incluso, la propia NESTLÉ, como parte de los recurrentes en el expediente RA-002-2013, señaló a la letra:

“La propuesta de las Partes busca atender cualquier posible preocupación de competencia que la [Comisión Federal de Competencia] pudiera tener en relación con la adquisición del Negocio Desincorporado por Nestlé en México, mediante la cual Nestlé desincorporará el Negocio Desincorporado en su totalidad [...]. En este sentido, los principios básicos de las Partes que se desarrolla a detalle en este documento, son los siguientes:

(a) Nestlé desincorporará el Negocio Desincorporado a un Licenciatario Aprobado.

[...]

4. *Objetivos de la nueva propuesta de condiciones*

[...]

¹⁴⁷ De conformidad con el artículo 16 de dicho ordenamiento “...se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier otro acto por virtud del cual se concentren sociedades o asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos...”

¹⁴⁸ Páginas 7 y 8 del escrito inicial del expediente CNT-008-2015.

(c) Así, esta propuesta consiste en medidas estructurales cuyos objetivos son los siguientes:

- i. asegurar el mantenimiento de un competidor Viable y Efectivo, autónomo e independiente de Nestlé;
- ii. asegurar que el Licenciatario Aprobado al que se transfiera el Negocio Desincorporado tenga todos los activos, derechos y herramientas contractuales necesarios para competir efectivamente en los mercados en México;

5. Descripción de la propuesta de condiciones

(a) La propuesta de condiciones de Nestlé consiste en lo siguiente:

(i) **Licencia Exclusiva: otorgamiento de una licencia exclusiva en favor de un Licenciatario Aprobado por el Periodo de Licencia, sobre todas las Marcas Desincorporadas, seguido de un Periodo de Restricción.**

[...]

(b) Para atender expresamente las preocupaciones de la [Comisión Federal de Competencia] manifestadas en su Resolución, la licencia propuesta contempla el uso exclusivo en México de las Marcas Desincorporadas, incluyendo denominaciones, diseños y logos actualmente usados en las mismas, en relación la manufactura, empaque, venta, oferta de venta, comercialización, promoción y publicidad (en los términos autorizados por la legislación y los Códigos Internacionales aplicables), disposición y distribución de productos de FLI en México.” [Énfasis añadido]

En ese sentido, la resolución emitida dentro del expediente RA-002-2013, consideró que el licenciamiento propuesto por los recurrentes, entre ellos NESTLÉ, consistía en una desincorporación, tal como se muestra a continuación:

“En general, la propuesta de condiciones presentada tiene por objeto desincorporar el negocio de FLI de Pfizer en México [...], eliminando los efectos negativos en la competencia que pudiera derivarse de la concentración notificada por los Recurrentes en los mercados relevantes mexicanos. Este proyecto también incluye compromisos para asegurar que la desincorporación ocurrirá de forma ordenada y adecuada, y que no perjudicará el negocio de FLI de Pfizer en México de la siguiente manera:

- Nestlé desincorporará el negocio de FLI de Pfizer en México a un licenciatario.

[...]

2. Objetivos de la nueva propuesta de condiciones

Los objetivos de la propuesta consisten en lo siguiente:

[...]

- iv. asegurar que por un periodo de [...] en los términos de esta resolución, Nestlé transferirá a un licenciatario el negocio de FLI de Pfizer en México.

[...]

Para asegurar la prevalencia de las marcas del negocio de FLI de Pfizer en México, la propuesta sugiere licenciar de forma exclusiva por un periodo de [...] marcas de Pfizer a un tercero, junto con un periodo de restricción para que Nestlé pueda regresar al mercado con los productos o formulaciones similares de los productos de Pfizer [...]. Estos [...] garantizan la posibilidad de que el nuevo competidor a quien se transfieran los activos se consolide en el mercado y en ese plazo desarrolle sus propias marcas y productos de FLI en México.

[...]

Licenciar [...] las marcas de los productos de FLI de Pfizer en México garantiza la eliminación de cualquier efecto negativo de la concentración, ya que prácticamente no hay traslape entre el negocio de Pfizer y Nestlé en México.

[...]

Resultados del análisis de la propuesta de condiciones y conclusiones generales.

- *Las condiciones propuestas constituyen medidas estructurales, que restablecen las condiciones de competencia mediante la desincorporación de capacidad productiva a un tercero independiente, incluyendo [...] activos físicos e intangibles que hubieran sido concentrados como resultado de la operación notificada, de haberse llevado a cabo en los términos originalmente planteados por los ahora Recurrentes. [...]*
- *La propuesta de condiciones presentada por los Recurrentes no significaría una concentración de mercado, de marcas o de activos en general para Nestlé en el mediano plazo, ya que sólo hasta después de [...] Nestlé recuperará las licencias y hasta dentro [...] volverá a contar con el derecho de explotarlas.*
- *El procedimiento previsto da certeza para que efectivamente ocurra la desincorporación del negocio de FLI de Pfizer en México, de modo que los activos pasen a manos de un tercero independiente, viable y efectivo.*
- *Aunque Pfizer desaparece como un competidor que ha demostrado ser viable, efectivo e independiente en términos de su presencia en los mercados, con la entrada de un licenciatario que adquiera el negocio de FLI de Pfizer en México en los términos de la propuesta de condiciones, se tendrá un nuevo competidor viable, efectivo e independiente, que sustituirá la presencia de Pfizer.*

[...]

VI. Conclusiones

[...]

No obstante lo anterior, la Comisión consideró que las condiciones presentadas en esta vía por los Recurrentes con las modificaciones determinadas en esta Resolución, son adecuadas para evitar que la concentración notificada pueda disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia [...]

Con tales consideraciones, procede que esta Comisión modifique la Resolución recurrida y autorice la concentración notificada sujeto [sic] al cumplimiento de las condiciones planteadas e impuestas por esta autoridad, para lo cual debe apercibirse a los Recurrentes para que expresamente señalen su aceptación a dichas condiciones a fin de que puedan ejecutarse, so pena de tenerlas por no presentadas y que se tenga por confirmada la Resolución recurrida.” [Énfasis añadido]

Al respecto, cabe señalar que, el veintidós de abril de dos mil trece, NESTLÉ, como parte de los recurrentes en el expediente RA-002-2013, aceptó las condiciones impuestas en la resolución antes transcrita.

Ahora bien, aun cuando se considerara que el licenciamiento de las marcas se dio en el marco de una desinversión, Nestlé S.A. ocurrió a notificar dicho licenciamiento, toda vez que rebasó los umbrales previstos en la normativa vigente. En este sentido, Nestlé, S.A. notificó la concentración consistente en el licenciamiento, [REDACTED] B [REDACTED], de diversas marcas a Aspen Labs, S.A. de C.V. y dicha operación fue radicada en el expediente CNT-075-2013. La operación referida fue notificada

Eliminado: tres palabras

el siete de agosto de dos mil trece, es decir, ocho días antes de que se suscribiera la LICENCIA DE MARCA, por la cual, también se licenciaron diversas marcas por un periodo [REDACTED] B [REDACTED].

Finalmente, el veinte de agosto de dos mil trece, la representante legal de NESTLÉ presentó un escrito para acreditar el cumplimiento de diversas condiciones establecidas en la resolución citada, entre las cuales destacaba [REDACTED] B [REDACTED].

De lo anteriormente señalado, es posible concluir que, tomando en cuenta uno de los precedentes de la extinta Comisión Federal de Competencia, en el que la misma NESTLÉ participó:

1. NESTLÉ otorgó una licencia exclusiva como parte de las condiciones propuestas y aceptadas por esa Comisión Federal de Competencia para llevar a cabo la desinversión de un negocio.
2. Las marcas fueron licenciadas en México.
3. Las marcas fueron licenciadas por un periodo de tiempo determinado.
4. Las mismas fueron consideradas en dicha resolución como parte de los activos intangibles necesarios para operar el negocio, aun cuando dicha licencia fuera temporal.
5. En el marco de la desinversión de las marcas, Nestlé S.A. notificó la concentración consistente en la licencia exclusiva [REDACTED] B [REDACTED] a Aspen, S.A. de C.V.

De tal forma, el argumento de NESTLÉ sobre que el criterio adoptado en el ACUERDO DE INICIO “perpetúa el estado de inseguridad jurídica de Nestlé- y en general, de los emplazados- derivado de la ausencia de criterios claros y predecibles” resulta **infundado**, porque el criterio señalado atiende los términos de la LFCE 2012, es consistente con los precedentes en materia de competencia económica en México, incluyendo uno en el que la propia NESTLÉ señaló que un licenciamiento temporal de marcas es parte de una transacción notificable y otro en el que la misma NESTLÉ propuso un licenciamiento de marcas como forma de desinvertir un negocio. De hecho, el expediente RA-002-2013 se habría tramitado y resuelto¹⁴⁹ con anterioridad a que se hubiera realizado la transacción no notificada objeto del presente procedimiento.

Finalmente, NESTLÉ hace referencia a lo establecido en el expediente CNT-084-2016. Sin embargo, sus señalamientos en ese sentido resultan **inoperantes**, dado que parten de **premisas incorrectas**. En efecto, en la resolución de veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, emitida en el expediente CNT-084-2016, se resolvió una transacción que fue notificada para dar cumplimiento a las condiciones establecidas en el diverso expediente CNT-021-2015. En la resolución del expediente CNT-021-2015, emitida el cinco de octubre de dos mil quince, se impuso la obligación al adquirente de desincorporar diversas tiendas de autoservicio. En este aspecto, contrario a lo que pretende NESTLÉ, en la resolución del expediente CNT-084-2016 no se indicó que los arrendamientos no pudieran ser comparados con una desinversión de activos y que una desinversión sólo podría

Eliminado: veinte palabras

¹⁴⁹ La resolución se emitió el cuatro de abril de dos mil trece y la operación se concretó hasta agosto de ese mismo año. Véase: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V72/6/1745115.pdf>

considerarse cuando acaecía una venta de activos en estricto sentido. De hecho, en la resolución señalada se indicó:

“En este orden de ideas, los términos de la operación notificada en el expediente en que se actúa son contrarios a la RESOLUCIÓN [del expediente CNT-021-2015] y por consiguiente no se restaura el proceso de competencia en los términos y bajo las condiciones establecidas en la RESOLUCIÓN.

[...]

Los promoventes confunden lo que establece la RESOLUCIÓN. Esta Comisión solicitó que cualquier desinversión de activos tenía que ser objeto de notificación conforme al capítulo de Concentraciones de la LFCE, para que esta autoridad evaluara si con ello se cumplía en sus términos las condiciones impuestas. Así es irrelevante si la propia LFCE considera o no como concentración un arrendamiento. Del análisis realizado en la CNT-021-2015, expresamente se señaló que [...] tendría que desinvertir las tiendas que implicaban un riesgo al proceso de competencia y libre concurrencia, y lo que pretende [...] es que dos competidores estén en contacto vía arrendamiento y generar rentas que no está autorizada a obtener, habida cuenta que las condiciones son claras: restituir el proceso de competencia y libre concurrencia al estado que guardaba antes de la concentración, ello implica que ni el inmueble ni la renta la tenía [...] antes de la concentración que le fue condicionada”

[...]

[...] Se insiste, la cuestión no es determinar si el arrendamiento es o no una concentración, la cuestión es si [...] restituye el proceso de competencia y libre concurrencia al estado que guardaba antes de que se autorizara la concentración, o en otros términos si las tiendas que pretende arrendar estaban en su patrimonio antes de que se realizara la concentración sujeta a condiciones en el CNT-021-2015.¹⁵⁰

De hecho, la propia resolución indica:

“En las tiendas en las que [...] tiene celebrado un contrato de arrendamiento y no es el propietario del inmueble, la desinversión tendría que realizarse mediante la cesión de los derechos del contrato de arrendamiento, toda vez que resultaría imposible para [...] venderlas”.¹⁵¹

En otras palabras, la resolución nunca señaló que no pudiera equipararse un arrendamiento a una desinversión, sino que conforme a la resolución del expediente CNT-021-2015 tendría que devolverse las cosas al estado que guardaban antes de que el adquirente adquiriera ciertos activos y propiedad y lo que pretendía ese adquirente era arrendarlos ahora a un tercero y no vendérselos, teniendo incluso contratos en donde ese tercero y el adquirente estarían en contacto vía arrendamiento. El Pleno no señaló que los arrendamientos no fueran desinversiones, sino que la transacción propuesta no cumplía estrictamente con las condiciones impuestas en el CNT-021-2015.

Clausulado de la Licencia de Marca

Posteriormente, NESTLÉ analiza las cláusulas de la LICENCIA DE MARCA, mediante los cuales señala que:

- En términos del artículo II de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B [REDACTED] B

[REDACTED] Esta premisa es errónea puesto que NESTLÉ omite señalar

¹⁵⁰ Páginas 31, 32 y 33 de la resolución señalada.

¹⁵¹ Página 33 de la resolución señalada.

que se [REDACTED] B. Adicionalmente, NESTLÉ parece justificar que la temporalidad del acuerdo influye en si este es considerado una concentración o no; sin embargo, eso parte de la **premisa errónea** de que la existencia de una temporalidad o de que cierto acuerdo se limite a un territorio, impide considerar a una operación como una concentración. Como se ha señalado, en el expediente RA-002-2013, en el cual la propia NESTLÉ fue uno de los recurrentes, la licencia exclusiva otorgada para desinvertir un negocio no solo era temporal, sino que se encontraba limitada al territorio nacional o en el expediente CNT-008-2015 en el que señaló que una licencia temporal era parte de una transacción notificable.

- En términos del artículo V de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B. Sin embargo, NESTLÉ omite señalar que [REDACTED] B. En este sentido, el hecho de que existan ciertas condiciones para que la operación subsista no implica que esta no haya sido una concentración en términos de la LFCE 2012. Asimismo, NESTLÉ es omisa en señalar que [REDACTED] B.
- En cuanto al artículo VI de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B. En este sentido, el hecho de que existan este tipo acuerdos [REDACTED] B, no implica que no exista una concentración. De hecho, [REDACTED] B y ello evidencia que hay una concentración. Por ejemplo, en el caso de las coinversiones, las partes pueden acordar ciertos criterios de calidad o principios comerciales sin que esto impida que se trate de concentraciones que deban ser notificadas si rebasan los umbrales establecidos en la ley.
- En términos de los artículos VII y VIII, [REDACTED] B. Sin embargo, NESTLÉ omite señalar que, [REDACTED] B. Lo anterior, es similar a la desinversión relacionada al expediente RA-002-2013, en la que NESTLÉ desincorporó un negocio mediante la licencia temporal de diversas marcas, al término de la cual, NESTLÉ podría volver a hacer uso de dichas marcas.
- El artículo IX establece que [REDACTED] B. Si bien NESTLÉ hace referencia a dicho artículo de la LICENCIA DE MARCA, es omisa en señalar por qué ese artículo en especial excluye a la operación de ser considerada una concentración. De tal forma, esta manifestación es **gratuita**.
- En términos del artículo XI de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B. Este argumento es **inoperante** por no combatir el ACUERDO DE INICIO. En el ACUERDO DE INICIO se reconoció que la LICENCIA DE

Eliminado: ciento ochenta y tres palabras

MARCA [REDACTED] B; sin embargo, NESTLÉ pasa por alto que la celebración de un contrato conlleva un principio de buena fe, lo cual implica que las partes participan en el mismo con el propósito de darle cumplimiento. Sería irracional pensar que alguna de las partes del contrato lo celebra con la intención de incumplirlo. En el caso concreto, [REDACTED] B

Aunado a lo anterior, en la mayor parte de los convenios relacionados con concentraciones, se incluyen cláusulas por las cuales pueden darse por terminados esos convenios, no solo antes de la ejecución de la operación sino cuando ésta ya fue ejecutada (tales como la existencia de vicios ocultos). De tal forma, el hecho de que un convenio relacionado con una concentración pueda darse por terminado, ya sea antes o después de que dicha concentración haya sido ejecutada, no influye sobre la obligación de notificarla siempre que rebase los umbrales previstos en la ley aplicable. Asimismo, se remite al apartado 4.4.1 de la presente resolución en el que se analiza un argumento similar.

- En términos del artículo XII de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B. Como ya se ha señalado a lo largo de la presente resolución, existen casos [REDACTED] B, en los que la misma NESTLÉ participó, en los cuales se consideró que una licencia temporal era parte de una transacción notificable o que existía una desinversión de activos intangibles mediante el licenciamiento de una marca, aun cuando dicha licencia fuera temporal e implicara que eventualmente los derechos conferidos al licenciatario fueran restituidos al licenciante en el futuro.

Adicionalmente, no se pasa por alto que la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B. Esto resulta relevante puesto que implica que, [REDACTED] B

Criterios contables

Posteriormente, NESTLÉ hace referencia a los criterios contables aplicables a [REDACTED] B

[REDACTED]. Al respecto estas manifestaciones son infundadas.

La operación objeto de análisis no solo incluyó [REDACTED] B, sino también [REDACTED] B. Sobre este punto, NESTLÉ no se manifiesta, pues únicamente combate el carácter de concentración de una parte de la operación. [REDACTED] B

En cuanto a la forma en que son registradas contablemente [REDACTED] B, aun cuando según el PERITO 2 las mismas constituyen un gasto para efectos contables a cargo de

[REDACTED] B [REDACTED]

De hecho, es [REDACTED] B, por lo que aun y cuando contablemente [REDACTED] B [REDACTED]

Incluso, INNOVACIÓN, en su escrito de manifestaciones al ACUERDO DE INICIO [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] 152 [REDACTED]

Sin perjuicio de los montos registrados [REDACTED] B [REDACTED]. A mayor abundamiento, se remite a la respuesta a las preguntas 2 y 3 de la pericial en materia contable aportada por NESTLÉ, la cual se encuentra en el apartado 5.2.5.2 de esta resolución.

Derivado de lo anterior, NESTLÉ señala que el valor de la operación analizada asciende a [REDACTED] B [REDACTED] y que, por lo tanto, “los cálculos realizados por la ST en el Acuerdo de Vista (páginas 21 a 25) son incorrectos e ilegales.” Sin embargo, tal apreciación resulta parcial, ya que, como se indicó en el ACUERDO DE INICIO, el monto de la operación celebrada, el cual constituye el umbral previsto en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, debe considerar el pago de [REDACTED] B [REDACTED]

Por otro lado, NESTLÉ señala que la notificación de concentraciones es una obligación que parte de un principio de autodeterminación del agente económico, donde es crucial la buena fe, y que, ante la ausencia de directrices claras debe darse un peso relevante a interpretaciones como las anteriores. Este argumento es **inoperante** puesto que **no combate** lo señalado en el ACUERDO DE INICIO que, en ningún momento analiza ni tendría porque haber analizado si la obligación de notificar una concentración parte del principio de autodeterminación o la buena fe. En este sentido, el que pudiera ser una obligación auto determinable no modifica el hecho de que se debió notificar al conocerse que el monto de la operación rebasaba el umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

¹⁵² Página 25 del escrito de contestación de INNOVACIÓN.

Por su parte, ante el argumento de que NESTLÉ tuvo que realizar dicha interpretación ante la ausencia de directrices, el argumento es **infundado**, toda vez que hay un monto de la transacción, derivado de una sucesión de actos, que incluyen [REDACTED] B, todo ello establecido en la LFCE; además, se reitera que la misma NESTLÉ ha notificado transacciones que incluyen licencias de marca y también propuso y desinvirtió un negocio mediante un licenciamiento de marca, por lo que resulta contradictorio que señale que desconocía los criterios que aplican a este tipo de operaciones. En efecto, es del conocimiento de NESTLÉ que, al llevar a cabo una desinversión mediante el licenciamiento de marcas, se buscaba restaurar las condiciones del mercado. De esta forma, se puede concluir que un licenciamiento de marcas resulta notificable ante esta COFECE, cuya encomienda es la protección del proceso de competencia y libre concurrencia, en la medida en que tiene efectos de competencia sobre los mercados.

Finalmente, NESTLÉ señala que el análisis propuesto por el ACUERDO DE INICIO implicaría que cualquier contrato con [REDACTED] B se podría considerar una concentración sujeta a la obligación de notificar una concentración. Este argumento es **inoperante** puesto que **no combate** a lo señalado en el ACUERDO DE INICIO que en ningún momento pretende analizar todas las operaciones de arrendamiento o franquicias como los referidos por NESTLÉ. El ACUERDO DE INICIO únicamente se pronuncia sobre el monto de la operación y el hecho de que dicho monto rebasó el umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

Resulta contradictorio que, por un lado, en dos mil quince, NESTLÉ haya notificado una concentración que incluía una licencia temporal de marcas y que en dos mil trece, NESTLÉ haya considerado que la licencia de diversas marcas consistía en una desincorporación de activos y que, en este caso considere que la LICENCIA DE MARCA no es una concentración.

4.4.3 Sobre el valor del negocio objeto de la operación

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁵³

El ST no consideró que el negocio de lácteos refrigerados de NESTLÉ [REDACTED] B

La ST debió analizar el impacto en la valuación de la operación, de lo expresado en la nota financiera entregada por NESTLÉ como Anexo 3.c del escrito de respuesta al requerimiento de información con número de oficio DGAJ-CFCE-2018-045, presentado el veintiséis de junio del dos mil dieciocho en el expediente VCN-001-2018.

La nota referida muestra la situación financiera en que se encontraba el negocio antes de la operación. Específicamente, la nota muestra que el negocio [REDACTED] B

¹⁵³ Páginas 43 a 45 del ESCRITO DE NESTLÉ.

B

La nota también muestra que,

B

Asimismo,

B

Al momento

B

Sin perjuicio de que esa COFECE debió abstenerse de aplicar indebidamente criterios no predeterminados en perjuicio de NESTLÉ, debió, en aplicación del principio *pro persona* en correlación con el de seguridad jurídica, considerar criterios observables al momento de la operación y que resultaban en su beneficio.

Las manifestaciones de NESTLÉ son inoperantes, ya que parten de premisas falsas que la llevan a concluir que el B.

En esta sección, NESTLÉ busca demostrar que "B". Para intentar probar esta premisa, NESTLÉ hace referencia a diversa nota financiera sobre la situación del negocio de lácteos refrigerados, al que cataloga como B. Sin embargo, el hecho de que NESTLÉ B.

Este argumento carece de lógica económica en dos sentidos. En primera instancia, NESTLÉ pretende extrapolar erróneamente la conclusión de la nota financiera sobre que se trata de un negocio B. NESTLÉ no prueba que B.

En segunda instancia, confunde B. El valor o precio de mercado es el punto en que tanto un demandante está dispuesto a comprar un bien, pero también representa el

Eliminado: trescientas treinta y un palabras

punto en el que el oferente está dispuesto a venderlo. Esto es, las valoraciones que los agentes económicos pudieran tener respecto de cierto bien no representan el valor de mercado de dicho bien. En este caso, [REDACTED] B

[REDACTED]. NESTLÉ señala, por un lado, [REDACTED] B
[REDACTED] y, por otro, [REDACTED] B

Por otro lado, NESTLÉ señala que este argumento no se tomó en cuenta en el ACUERDO DE INICIO, sin embargo, si bien es cierto que NESTLÉ ya lo había dicho cuando se emitió el ACUERDO DE INICIO, dicho acuerdo no era el momento procesal oportuno para analizarlo, sino en la presente resolución en la que se ha demostrado que es **inoperante** por partir de **premisas erróneas**.

Finalmente, NESTLÉ reitera que esta COFECE debe abstenerse de aplicar criterios no determinados en perjuicio de NESTLÉ, se señala que no solo el argumento es **inoperante**, sino que como se ha demostrado, el criterio utilizado tanto en el ACUERDO DE INICIO como en la presente resolución es consistente con otros casos en materia de competencia económica en México en los que la misma NESTLÉ ha participado, así como con los artículos 16, 18 y 20 de la LFCE 2012 que establecen la obligación de notificar.

4.4.4 Sobre la participación de NESTLÉ como persona jurídica distinta de SDEP y NESTEC

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁵⁴

La ST fue omisa en motivar por qué atribuye a NESTLÉ actos en los que no figura como firmante. La ST sostuvo que acaeció una sucesión de actos consistente en la celebración de varios instrumentos contractuales. Al considerarlo así, sostiene que se rebasó el umbral contenido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 y que, en consecuencia, las partes tenían la obligación de notificar una concentración.

La ST reconoce que los contratos fueron firmados por diferentes sociedades e incluso llevó a cabo una distinción de las sociedades que participaron en cada contrato, de lo cual se advierte que [REDACTED] B de la COMPRA DE ACTIVOS, el CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD y el CONTRATO DE SERVICIOS.

No obstante, la ST pretende, sin motivación o argumentación alguna, atribuirle a NESTLÉ la celebración de los contratos suscritos por SDEP y NESTEC, como se advierte del ACUERDO DE INICIO.¹⁵⁵

Con ese proceder, se vulnera el principio de seguridad jurídica y de legalidad en detrimento de NESTLÉ. En efecto, al momento del cierre, no existían criterios vinculantes que permitieran prever a NESTLÉ que los contratos ejecutados por otras entidades ([REDACTED] B [REDACTED]) serían considerados como una secuencia de actos en

¹⁵⁴ Páginas 45 a 49 del ESCRITO DE NESTLÉ.

¹⁵⁵ NESTLÉ refiere a la página 3 del ACUERDO DE INICIO en donde se indica lo siguiente: "[REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED]".

continuación de la

B

para imputarle una omisión a la obligación de notificar. Por ello, el criterio implícito utilizado por la ST -los instrumentos se celebraron por el mismo GIE- fue aplicado arbitrariamente.

En contraste, ante la inexistencia de un criterio técnico vinculante, la ST debió respetar los principios de tipicidad y estricta aplicación de la ley. En consecuencia, al analizar la operación, debió restringir la interpretación del concepto “sucesión de actos”, considerando únicamente como tal la secuencia de contratos celebrados por una misma persona jurídica, sin llevar a cabo una interpretación más amplia.

Una interpretación como ésta, además, sería consistente con precedentes de la SCJN en los que ha señalado que la sola existencia de un GIE no basta para atribuir la realización de ciertas conductas a una persona moral distinta. Así -ha sostenido la SCJN- la existencia de un GIE no exime a la autoridad de identificar las conductas realizadas por cada uno de los integrantes del grupo, ya que no es aceptable involucrar a éstos en una determinación por el sólo hecho de pertenecer al mismo.¹⁵⁶

La ST debió considerar que el concepto de GIE atiende únicamente a una forma de participación en actividades económicas, sin que este concepto pueda ser entendido como una facultad de la autoridad para eliminar la individualidad de cada persona tratándose de procedimientos sancionadores.

Las anteriores consideraciones permiten, además, señalar que la ST dejó de atender los lineamientos básicos que implican el concepto de la “personalidad jurídica”, ya que debió atender a la individualidad de las sociedades distinguiendo cada uno de los actos que fueron llevados a cabo por sociedades distintas. Lo anterior, porque la circunstancia de que una sociedad haya contraído obligaciones no implica que éstas vinculen al resto de los miembros del GIE.

La ST tenía la obligación de explicar por qué se le atribuyen ciertos contratos a NESTLÉ de los que no fue firmante a fin de demostrar por qué se entiende que los actos llevados a cabo por otras entidades se realizaron en su representación o en su nombre.

Por tanto, la ST llevó a cabo una interpretación amplia de la supuesta sucesión de actos, eliminando por completo la individualidad de cada persona moral. Esta interpretación se lleva a cabo violando, en perjuicio de NESTLÉ, los principios de certeza jurídica y legalidad que rigen la actuación de toda autoridad administrativa, y mediante los cuales se establece que las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley les permite.

Eliminado: dieciocho palabras

¹⁵⁶ NESTLÉ refiere al amparo en revisión 169/2007 resuelto en sesión de veinticuatro de octubre de dos mil siete por la Primera Sala de la SCJN.

Lo anterior, máxime cuando se trata de un procedimiento sancionatorio en el que el Estado ejerce su potestad punitiva, que es rígido y en el que la SCJN ha reconocido en jurisprudencia que aplican los principios en materia penal.¹⁵⁷

Las manifestaciones de NESTLÉ son infundadas en virtud de que no se le atribuye a dicha persona moral la totalidad de contratos mediante los cuales se llevó a cabo la operación.

De acuerdo con lo señalado por NESTLÉ, el ACUERDO DE INICIO utiliza implícitamente el criterio de GIE para atribuirle contratos que no firmó, con lo que se eliminó la individualidad de cada persona jurídica y se sumaron B en la LICENCIA DE MARCA al valor de la transacción para imputarle a NESTLÉ la omisión de la obligación de notificar.

Esto es falso en virtud de que, si bien en el ACUERDO DE INICIO se concluyó que la concentración se llevó a cabo a través de una sucesión de actos jurídicos y que existen elementos que permiten determinar que NESTLÉ, NESTEC y SDEP pertenecen a un mismo GIE,¹⁵⁸ no se determinó que dicha sucesión de actos fuera atribuible en su totalidad a NESTLÉ. Es decir, contrario a lo argumentado por NESTLÉ, no se le atribuyeron los contratos de los que no fue firmante, sino su participación en la operación.

Lo anterior se advierte del numeral “SEGUNDO” del ACUERDO DE INICIO, en donde se indicó que, respecto de los contratos analizados, únicamente la suscripción del CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD, la COMPRA DE ACTIVOS y el CONTRATO DE SERVICIOS es atribuible a NESTLÉ, tal como se observa a continuación:

“De la lectura de los contratos, se desprende que B
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted] [énfasis
añadido]”.¹⁵⁹

En consecuencia, en el numeral “TERCERO” del ACUERDO DE INICIO, se concluyó que “[...] NESTLÉ, NESTEC, SDEP, y LALA, a través de INNOVACIÓN, llevaron a cabo una concentración, la cual consistente [sic] en la adquisición de diversos activos a través de una sucesión de actos jurídicos, mismos que consisten en la: B
[redacted] [...] [énfasis añadido]”.¹⁶⁰

De esta manera, no se le atribuyó a NESTLÉ la celebración de los contratos suscritos por otras personas jurídicas, incluyendo aquellos suscritos por SDEP y NESTEC, por lo que es falso el

¹⁵⁷ NESTLÉ refiere a la jurisprudencia 1a./J. 11/2014 emitida por la Primera Sala de SCJN.

¹⁵⁸ En la página 29 del ACUERDO DE INICIO se indicó que, NESTLÉ, SDEP y NESTEC realizaron diversas manifestaciones de las cuales es posible considerarlos como parte de un mismo GIE, como se desprende de los folios 683 y 689, 1135, documentos titulados

B B
[redacted]
[redacted]” del EXPEDIENTE, así como en el folio 5 del expediente CNT-008-2015, mismo que constituye un hecho notorio en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹⁵⁹ Página 21 del ACUERDO DE INICIO.

¹⁶⁰ Páginas 26 y 27 del ACUERDO DE INICIO.

señalamiento de NESTLÉ relativo a que la ST utilizó arbitrariamente el concepto de GIE para atribuirle responsabilidad.

No obstante, de conformidad con el artículo 19 del RLFCE están obligados a notificar la concentración los agentes económicos que participen en la misma, por lo que independientemente de que NESTLÉ no suscribió o llevó a cabo la totalidad de actos que conforman la concentración, al haber participado en la misma en conjunto con otras personas morales integrantes del mismo agente económico como grupo, contaba con la obligación notificarla. Si bien el sujeto obligado o unidad de estudio de la LFCE 2012 es el agente económico de conformidad con el artículo 3 de dicho ordenamiento, se debe atender a su forma de participación dentro de la operación.

Adicionalmente a los contratos referidos, de las constancias del EXPEDIENTE que fueron proporcionadas por el propio NESTLÉ se advierte que [REDACTED] B

[REDACTED], de acuerdo con lo siguiente:

[REDACTED] B

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[...]

[REDACTED] B

[REDACTED] B

[...]

[REDACTED] B

[...]

Eliminado: trescientas dieciocho palabras

B

[...]

B

161

Asimismo, en las notas a los estados financieros al treinta y uno de diciembre de dos mil trece y dos mil doce presentadas por NESTLÉ se observa que dicho agente económico señaló B

de acuerdo con lo siguiente:

B

¹⁶¹ Véase el archivo denominado "B", folio 1135.

[...]

B

”162

Ahora bien, respecto de la existencia de una sucesión de actos que conforman la operación, en el ACUERDO DE INICIO se hizo referencia a diversas obligaciones derivadas de la COMPRA DE ACTIVOS, contrato que B
lo cual fue señalado en dicho acuerdo de la siguiente manera: “ B
”163

Al respecto, se observa que el numeral 10.2 del artículo X de la COMPRA DE ACTIVOS prevé B
tal como se refiere a continuación:

B

[...]

B

B [énfasis añadido]”¹⁶⁴

De esta manera, de la COMPRA DE ACTIVOS se advierte que B

B

aro

Cl

¹⁶² Véase el archivo denominado “Financieros Nestlé México 2013”, contenido en la carpeta “Anexo 2.fEEFF”, folio 1135.

¹⁶³ Página 9 del ACUERDO DE INICIO.

¹⁶⁴ Folio 1135.

[REDACTED] B [REDACTED]

En la suscripción de la LICENCIA DE MARCA se [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED], tal como se observa a continuación:

[REDACTED] B [REDACTED]

[...]

[REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] [...] [énfasis añadido]"¹⁶⁵

De igual forma, en la celebración de la LICENCIA PERPETUA DE MARCA se [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED], de la siguiente manera:

[REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] [...] [énfasis añadido]"¹⁶⁶

Asimismo, de acuerdo con la información que se encuentra en el EXPEDIENTE, [REDACTED] B [REDACTED] del
CONTRATO DE CESIÓN [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]¹⁶⁷ mientras que la LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]¹⁶⁸

De conformidad con lo anterior, de los propios contratos se desprende que la operación analizada
en el ACUERDO DE INICIO se trata de una misma operación que se llevó a cabo mediante una sucesión

¹⁶⁵ Folio 1135.

¹⁶⁶ Folio 1135.

¹⁶⁷ Folios 292 y 1135.

¹⁶⁸ Folios 292, 540 y 1135.

de actos jurídicos. Por lo tanto, contrario a lo argumentado por NESTLÉ, si bien en la operación participaron diversas personas morales que forman parte del mismo GIE, no se utiliza implícitamente este concepto en el ACUERDO DE INICIO para determinar que la operación se llevó a cabo mediante una sucesión de actos jurídicos que consisten en una concentración, puesto que la existencia de dicha sucesión de actos se advierte expresamente de los contratos mediante los cuales se llevó a cabo la operación.

Esto fue reconocido incluso durante el desahogo del procedimiento que se tramita en el EXPEDIENTE por el propio NESTLÉ quien se refiere a dicha sucesión de actos jurídicos como parte de una misma transacción:

“[...] B

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] [...]”¹⁶⁹

Por lo anterior, es falso que a partir de la noción de GIE se pretenda imputar a NESTLÉ contratos que no firmó, pues, tal como se indicó, la operación se trata de una transacción realizada mediante una sucesión de actos jurídicos consistentes en la suscripción de diversos contratos, en los cuales NESTLÉ participó mediante B

[REDACTED], conforme a lo expuesto.

Tan es así que, además, el ACUERDO DE INICIO les fue notificado a todos los que intervinieron en la suscripción de los convenios, independientemente de que formaran parte del mismo GIE, a quienes se les dio la posibilidad de que se manifestaran y ofrecieran pruebas, sin que lo hubieran hecho, por lo que se les tuvo por ciertos los hechos que se les imputaron.

4.4.5 Sobre el monto de la operación

NESTLÉ manifiesta lo siguiente:¹⁷⁰

Suponiendo que el monto total de B debía de ser utilizado para determinar el monto de la operación, el umbral establecido en el artículo 20, fracción I, de la LFCE dos mil doce, no fue superado.

¹⁶⁹ Folios 688 y 689.

¹⁷⁰ Páginas 49 a 51 del ESCRITO DE NESTLÉ.

NESTLÉ ha demostrado [REDACTED] B a la LICENCIA DE MARCA no podían ser considerada como una adquisición de activos. Derivado de esto, ha demostrado que el monto de [REDACTED] B no podía válidamente ser utilizado por el ST para estimar el valor de la operación.

No obstante, NESTLÉ demostrará que, inclusive aplicando el criterio de la ST, el umbral establecido en el artículo 20, fracción I, de la LFCE dos mil doce, no es superado.

En el ACUERDO DE INICIO, la COFECE [REDACTED] B
[REDACTED]
Con dicho cálculo, [REDACTED] B
Como resultado, la COFECE calculó un monto totalmente desproporcionado de la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B

Sin embargo, en el caso de transacciones que se ejecutan a largo plazo y que involucran flujos de efectivo futuros, el cálculo del monto de la operación requiere, al menos, ajustar los flujos futuros al valor presente.

El ajustar los flujos futuros al valor presente no es un criterio extraño para la valoración de transacciones en asuntos de competencia económica (si bien, como ya se explicó, en el presente caso no fue correcto que la COFECE [REDACTED] B [REDACTED]). La propia COFECE ha intentado en el pasado insertar este elemento como un criterio de valuación vinculante.

Específicamente, en el proyecto para modificar el artículo 15 de las DRLFCE la COFECE propuso insertar una norma que a la letra decía: *"En caso de transacciones cuya ejecución ocurre en el tiempo e involucra flujos de efectivo futuros, el análisis debe considerar el monto ajustado al valor presente"*.

De la consulta pública surgieron algunas dudas respecto a la tasa de descuento específica a aplicarse en dicho ejercicio, de tal forma que, en el informe sobre la consulta pública, la COFECE puntualizó *"Respecto del procedimiento de concentraciones no notificadas, se realizarán cambios que permitan dotar de certeza a estas transacciones sin vulnerar la legalidad ni seguridad jurídica de los agentes económicos"*. Dichas aclaraciones siguen pendientes, pero muestran un reconocimiento de la razonabilidad de determinar si la operación superó el umbral o no, utilizando este enfoque.

Así, considerando una tasa de descuento baja de, por ejemplo, [REDACTED] B, tasa que, en el caso concreto, es muy conservadora, y debió ser mucho más alta en función del contexto financiero aplicable en dos mil trece y dado el factor de incertidumbre asociado a la posibilidad de que [REDACTED] B [REDACTED] B

[REDACTED] que, conjuntamente con el resto de los conceptos, arrojaría un

Eliminado: cien palabras

valor de la [REDACTED] B, monto que está por debajo del umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.

En consecuencia, es inaceptable el ejercicio que el ST llevó a cabo al ser incorrecto no sólo el criterio empleado por la COFECE para calcular el valor de la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B, sino la ejecución del criterio mismo (al no calcular el valor presente de flujos futuros), lo procedente es que ese Pleno determine que la imputación fue ilegal y, por tanto, que absuelva a las emplazadas, estimando que no se verificó el incumplimiento a la obligación de notificar previamente una concentración.

Las manifestaciones de NESTLÉ son inoperantes, ya que parten de **premisas falsas o gratuitas**, pues pretende utilizar una modificación a un marco normativo inexistente al momento en que se realizó la operación o bien, propone utilizar una tasa de descuento que no justifica.

En efecto, no procede una tasa de descuento porque la LFCE 2012 no hace esa distinción. Si bien esa técnica podría ser relevante para efectos financieros o transaccionales, no puede serlo para efectos del cálculo de un umbral que tiene por efecto determinar qué tipo de transacciones deben ser previamente autorizadas por esta COFECE. De otra forma, se introduciría una variante que haría dúctil el tipo normativo, lo que evidentemente generaría incertidumbre a los agentes económicos y dificultaría las labores preventivas de esta autoridad. No es admisible inferir la aplicación de una tasa de descuento ante la inexistencia de criterios y procedimientos para calcularla y aplicarla. Por otra forma, la única manera de mantener certidumbre y previsibilidad es calcular los umbrales con base en los montos nominales expresados en los actos jurídicos que generan la concentración.

De acuerdo con las manifestaciones de NESTLÉ, la COFECE en una consulta pública de dos mil diecisiete sometió a consideración la posibilidad de agregar en las disposiciones regulatorias un dispositivo que permitiera que el cálculo de los umbrales, en concentraciones que se ejecutaran en el tiempo, se realizaran con base en el valor presente, para lo cual NESTLÉ propone en el presente caso una tasa de descuento del [REDACTED] B

En este sentido, cabe resaltar los siguientes elementos:

1. La operación se llevó a cabo en el año dos mil trece, por lo que la notificación de esta no podría depender de un hecho que se llevó a cabo cuatro años después.
2. En relación con lo anterior, las DRLFCE son disposiciones de la LFCE más no de la LFCE 2012 que era la ley vigente al momento en que se actualizó la obligación de notificar la concentración analizada.
3. Como la misma NESTLÉ reconoce, si bien se propuso una modificación a dicho artículo de las DRLFCE, el mismo no fue modificado para incluir ajustes al valor presente.
4. La propuesta que finalmente no fue incorporada demuestra justamente lo contrario que aduce de NESTLÉ: el régimen normativo aplicable no reconocía la actualización a valor presente de flujos futuros.

A través del presente agravio, NESTLÉ pretende la aplicación de una norma que no se encuentra establecida ni en la LFCE 2012, ni en el RLFCE, ni en ninguna otra. De una simple lectura de ambos

Eliminado: quince palabras

ordenamientos no se desprende la existencia del concepto valor presente, por el contrario, el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012 establece como umbral:

I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en la República, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal

De acuerdo con el dispositivo en cita, el parámetro objeto de medición es el monto que el acto o sucesión de actos importan en la República, sin que se requiera por la ley, que dicho monto sea sujeto de actualización o ajuste alguno. Resultaría ilícito para esta COFECE considerar como parámetro de una concentración un concepto que no se encuentra previsto en dispositivo jurídico alguno.

Ajustar el monto de las concentraciones a valor presente mediante tasas de descuento, además de no encontrarse en el marco legal aplicable, implicaría un detrimento a la garantía de certeza jurídica que los agentes económicos tienen con relación a las operaciones que realizan, ya que la determinación de una tasa de descuento específica podría resultar subjetiva ante la falta de criterios generales predeterminados, que considere tanto criterios para la determinación precisa de la tasa de descuento a utilizar como los criterios para la determinación de la posible evolución futura de los pagos cuando estos se indexan al desempeño del mercado.

Ejemplo de lo anterior es el agravio planteado por NESTLÉ, en el cual se determina una tasa de descuento de [REDACTED] B [REDACTED] considerando el riesgo que implica la operación para dicho agente. Sin embargo, tal como se precisa en el apartado 5.2.5.1, en el que se valora la prueba pericial en materia de actuaria, la apreciación de los riesgos que presenta esta operación podría modificarse de acuerdo a los elementos y hechos que se tomen en consideración (en dicho medio de convicción, el PERITO 1 considera que la operación es riesgosa debido a la posible [REDACTED] B [REDACTED]; sin embargo, dichos riesgos podrían considerarse diluidos, si se toma en cuenta [REDACTED] B [REDACTED]. El mismo PERITO 1 manifiesta que para la presente operación podría aplicarse una sobretasa de riesgo de entre el [REDACTED] B [REDACTED], lo cual evidencia la subjetividad que representa la determinación de la tasa de descuento.

Incluso, [REDACTED] B [REDACTED], podría suponer que los involucrados en la concentración ya tuvieron en cuenta factores que podrían modificar el valor de la operación a lo largo del tiempo (incluyendo factores de riesgo), por lo que en el mismo contrato [REDACTED] B [REDACTED] no es considerado por NESTLÉ cuando manifiesta que la operación implica grandes riesgos.

Asimismo, resulta contradictorio que, por un lado, NESTLÉ señaló que e [REDACTED] B [REDACTED] [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED]. Esto porque si efectivamente [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED] por lo que no tendría lógica actualizar dicho valor mediante el uso de valor presente neto.

Eliminado: ciento cinco palabras

Por otro lado, adoptar el criterio que propone NESTLÉ en el sentido de evaluar su operación a valor presente neto de acuerdo a las tasas de descuento estimadas por ellos, en un contexto en que no existen criterios predeterminados para dicha valuación, que no se encuentra normado, podría generar a futuro que los agentes económicos estimen parámetros, proyecciones y resultados arbitrarios que tengan la intención de que los montos de la operación artificialmente no superen los umbrales establecidos en la ley.

En ese sentido, esta COFECE en ningún momento pretende realizar una valuación de las operaciones realizadas entre agentes económicos, sino que única y exclusivamente toma el valor que dichos agentes económicos pactan y plasman en el contrato o instrumento que respalda la operación para determinar la obligación de notificar una operación.

Al respecto, el PJJ ha señalado que “[...] *el legislador no describió ni previó una metodología para valorar los activos o el capital social, a fin de determinar la obligación de notificar previamente una concentración, por lo cual, la elección de la forma de comprobar si una operación de ese tipo supera los umbrales previstos en la hipótesis señalada, corresponde a las facultades técnicas discrecionales de la Comisión Federal de Competencia [...] [énfasis añadido]*”.¹⁷¹

La práctica de esta COFECE es, y ha sido, tomar en consideración el valor que los propios agentes económicos dan a una transacción y que plasman en un contrato. De esta forma se da certeza absoluta a los agentes económicos sobre el valor de la operación que se utiliza para, en su caso, determinar si una operación rebasa los umbrales de la normatividad vigente, debido a que se utiliza la propia valuación que dichos agentes económicos acordaron.

En el caso concreto, esta COFECE no realiza *motu proprio* una tasación del valor de los activos o de la operación, sino que utiliza la valoración que B pactaron en sus contratos, en el caso específico, de la LICENCIA DE MARCA. Es decir, fueron dichos agentes los que determinaron el monto de la operación en el momento en que celebraron los contratos, motivo por el cual, no es posible para ellos asignar a su operación un valor distinto o una metodología distinta a la que ellos mismos utilizaron en sus contratos. Permitir lo contrario, generaría una ausencia de certeza jurídica con relación a las formas en que deba cuantificarse el valor de las concentraciones, pues habilitaría a los agentes para que modifiquen los montos de sus operaciones a conveniencia.

Eliminado: cinco palabras

¹⁷¹ Véase el siguiente criterio judicial: “COMPETENCIA ECONÓMICA. MÉTODOS PARA ESTABLECER EL VALOR DE LOS ACTIVOS O DEL CAPITAL SOCIAL ACUMULADO, A FIN DE DETERMINAR LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR PREVIAMENTE UNA CONCENTRACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).” Registro No. 2 018 583; Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 61, diciembre de 2018; Tomo II; Pág. 1070. I.2o.A.E.62 A (10a.).

A su vez, si bien no es vinculante, existe el antecedente de la *Federal Trade Commission* que establece que los *“pagos futuros anticipados se incluyen a su valor nominal y no pueden ser descontados a valor presente”* al momento de determinar el valor de la adquisición de un activo.¹⁷²

En relación con lo anterior, resulta ilustrativo el caso denominado *United States v. Columbia Pictures Corporation*,¹⁷³ de mil novecientos sesenta, en el que existía un pago inicial y pagos anuales posteriores por siete años. Dichos pagos se encontraban pactados desde el contrato, por lo que fueron agregados al monto de la operación, sin actualizarlos o descontarlos a Valor Presente Neto o cualquier otro tipo de criterio.

Esta Comisión estima que considerar el monto [REDACTED] B se ajusta a lo establecido por el texto de la LFCE, ya que resulta inequívoca y evita interpretaciones subjetivas.

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:¹⁷⁴

En el Reporte Anual 2014 a la Bolsa Mexicana de Valores a que la autoridad ha aludido, en agosto de dos mil trece, INNOVACIÓN celebró un contrato de licencia con SDEP, es decir un acto jurídico de tracto sucesivo, por un periodo de veinte años para fabricar y distribuir los productos de esta marca en la categoría de refrigerados, que incluye principalmente yogurts y quesos en México. Además, desde el mismo agosto de dos mil trece tal persona moral ha contado con una licencia [REDACTED] B otorgada por SDEP en México, con vigencia al dos mil treinta y tres y con [REDACTED] B [REDACTED]

La materia de este procedimiento tramitado en forma incidental no versa sobre la licitud o ilicitud de la operación, ni sobre sus efectos, sino que este expediente VCN se refiere únicamente al análisis de si las partes de la concentración debían o no notificársela a la autoridad de competencia, a lo que deberá concluirse que no era necesaria tal notificación en la especie.

Con independencia de lo anterior, junto con [REDACTED] B, INNOVACIÓN celebró una transacción que comprendió: [REDACTED] B [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

¹⁷² Consultable en <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/valuation-transactions-reportable-under>

“Under the HSR [The Hart-Scott-Rodino Act] rules, the value of an asset acquisition is Fair Market Value or, if determined and greater than Fair Market Value, the Acquisition Price. Fair Market Value must be determined, in good faith, by the board of directors of the Acquiring Person, or its delegee, as of any date within 60 calendar days prior to filing, if filing is required, or within 60 days prior to closing, if filing is not required. The rules do not specify the valuation or accounting techniques to be used in making such a determination.

Acquisition Price is the total amount of consideration received by the seller(s) for acquisition of their assets. That consideration includes the assumption of any accrued liabilities by the Acquiring Person, and it includes any separate amount paid to the seller(s) for a covenant not to compete. The Acquisition Price is “determined” if the parties have agreed upon the consideration, or if the amount of consideration (e.g., by reason of post-closing adjustments or contingent future payments) can be reasonably estimated. Anticipated future payments are included at face value and cannot be discounted to present value. If the Acquisition Price is not determined, then Fair Market Value governs the value of the transaction.” [énfasis añadido]

¹⁷³ Para mayor referencia sobre este caso, refiérase a <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/189/153/1424320/>.

¹⁷⁴ Páginas 4 a 7 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

[REDACTED] B
[REDACTED] en relación con el objeto de tal transacción.

[REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] B
[REDACTED]

En el contexto de la transacción, [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Las partes en la operación contaron con asesoría jurídica, de donde resultó que la transacción se mantuvo por debajo de los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE 2012, ya que los actos representaron un [REDACTED] B

mientras que los activos adquiridos no rebasaron los criterios de las fracciones II y III del precepto aludido.

En términos de la ley aplicable y contrario a lo que afirma el oficio, la operación, al haber transcurrido más de un año desde su realización, ni siquiera pudiera ser investigada.

De ahí que la Secretaría Técnica debió cerrar de inmediato el EXPEDIENTE, entre otras razones, porque no rebasó los umbrales y transcurrió en exceso el término de un año previsto en la ley para que pudiera ser investigada.

Es claro que: (i) entre la realización de la transacción y el inicio del EXPEDIENTE transcurrió más de un año, razón por la cual dicha concentración no podía siquiera ser investigada; y, (ii) en cualquier caso, la operación no tendría que haber sido notificada a esta autoridad.

Los argumentos antes transcritos parten de realizar la descripción de la operación analizada, misma que concuerda en lo sustancial con la descripción formulada en el ACUERDO DE INICIO, para después concluir que con base en las estimaciones que realizaron sus asesores no se rebasaron los umbrales previstos en la LFCE 2012; sin embargo, no se explica cómo es que se arriba a dicho monto, ni mucho menos se combaten los medios de convicción y consideraciones del citado acuerdo, por lo cual resultan inoperantes por tratarse de manifestaciones genéricas.

Eliminado: ciento noventa y ocho palabras

Por otra parte, alegan que esta operación no debía investigarse, debido a que no pasaba umbrales y ya había pasado un año de su realización. Este argumento es **infundado**, por las siguientes razones:

Por un lado, el artículo 22 de la LFCE 2012 no resulta aplicable al presente caso pues, como se explicó en el numeral 4.2 de esta resolución, en primer lugar, este procedimiento no se trata de una investigación y, en segundo lugar, no podría darse la consecuencia establecida en la norma debido a que ese plazo está sujeto a que se cumpla la condición que consiste en que se determine que no requería ser previamente notificada.

La materia de este procedimiento es determinar si la concentración realizada entre INNOVACIÓN, SDEP, NESTLÉ y NESTEC, debió notificarse debido a que se sobrepasó alguno de los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012, en específico el establecido en la fracción I. Luego entonces, no puede alegarse que prescribió si lo que se pretende resolver es precisamente si debía notificarse previamente. En consecuencia, se requiere primero que este Pleno resuelva y se pronuncie sobre si la operación debió notificarse o no para que sea posible analizar la prescripción que señala.

INNOVACIÓN también manifestó lo siguiente:¹⁷⁵

Improcedencia de la imposición de responsabilidad alguna en virtud de la incongruencia de la acusación con los elementos presentados, la falta de fundamentación del cálculo hecho por la ST y la indebida aplicación del monto de la operación.

Se opone con fundamento en los artículos 20, 21 y 22 de la LFCE 2012, 18, 19, 20 y relativos de su RLFCE, así como 15 de las DRLFCE aplicables en cuanto me benefician, en virtud de que el análisis que plantea la ST respecto de la operación que nos ocupa no es congruente con los elementos que se le presentaron debida y oportunamente, además de que el método y ejercicio de cálculo del monto de la operación que plantea carece de sustento por ser inusitado y no guardar congruencia interna con su planteamiento.

Consta en el EXPEDIENTE que los asientos contables con que se cuenta claramente reflejan que la licencia concedida se [REDACTED] B

[REDACTED], mientras que el posterior cumplimiento de [REDACTED] B. Eso es del conocimiento de la COFECE no solo en este expediente, sino en el IO-004-2018. En términos del artículo 15 de las DRLFCE, que es aplicable al caso en tanto beneficie a los gobernados y a INNOVACIÓN, establece que *“para determinar si una operación actualiza alguno de los umbrales monetarios a los que se refiere el artículo 86 de la Ley, se debe tomar la cifra que resulte más elevada entre el valor total de los activos del balance general y el valor comercial de los activos”*.

La ST contó con el valor total de los activos reflejados en la contabilidad del adquirente de la licencia de marcas, que es inferior ([REDACTED] B) de cualquiera de los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012 (correlativo al 86 de la ley vigente a que

¹⁷⁵ Páginas 24 a 26 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

se refiere el artículo 15 de las DRLFCE). Además, en el oficio no se hace referencia alguna a que se hubiese obtenido por medio cualquiera el valor comercial de los activos.

Al establecerse la alternativa en el artículo citado y de conformidad con los principios generales del derecho, así como teniendo en cuenta la obligación de resolver en el sentido más favorable para los gobernados, es claro que el único elemento objetivo que debió tomar en consideración la autoridad para efectos de determinar si la operación actualiza el umbral es el valor total de los activos adquiridos en la contabilidad y que es el valor de la operación.

El argumento es **infundado**, tal como se analizó en la sección “*Criterios contables*”, del apartado 4.4.2 de esta resolución, ya que el umbral con base en el cual fue formulada la imputación es el establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE, por lo cual aun cuando INNOVACIÓN registre el valor de los activos en atención a su contabilidad considerando únicamente [REDACTED] B [REDACTED] lo cierto es que el monto de la operación ya se encontraba determinado en la [REDACTED] B [REDACTED].

Así, la acumulación de activos realizada a la luz de la operación debe tener como importe el establecido efectivamente en el contrato, por tratarse de una cifra conocida desde el momento en que se perfeccionó el contrato.

A fin de reforzar dicha argumentación se remite al apartado 5.2.5.2 en el que se valora la prueba en materia de contabilidad aportada por NESTLÉ.

Por cuanto hace a la aplicación del artículo 15 de las DRLFCE que establece que debe tomarse en cuenta el valor más alto entre el valor en libros y el valor comercial, dicha norma no resulta aplicable al presente procedimiento, dado que su publicación fue posterior al momento en que se habría realizado la operación materia del presente expediente; sin embargo, su cita por parte de la emplazada de hecho confirma lo señalado en el ACUERDO DE INICIO, pues aun cuando INNOVACIÓN registró en libros el monto [REDACTED] B [REDACTED], lo cierto es que en la LICENCIA DE MARCA se estableció [REDACTED] B [REDACTED], que fue precisamente el que sirvió de sustento para la imputación ahí formulada.

INNOVACIÓN señaló lo siguiente:¹⁷⁶

Lo mismo puede decirse de la apreciación de las expresiones de los contratos y convenios también exhibidos que, en sus circunstancias, textos y contextos, bajo el principio *pro homine* de interpretación más favorable para el gobernado, han de ser construidos en la forma que sea más favorable para que surta efectos la operación y para que los involucrados no sean sancionados, menos con métodos inusitados. Esto es, la explicación que han planteado las partes es congruente y razonable en relación con el contenido de los documentos en que obran los convenios de la operación, por lo que lo adecuado es interpretarlos de esa manera.

Eliminado: treinta y nueve palabras

¹⁷⁶ Páginas 26 a 28 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

Si el fraseo de los contratos a que se refiere el oficio pudiera no ser claro o responder a las palabras consistentes con alguna política de las personas morales involucradas, ello no excluye ni impide que para efectos de la consideración del monto de la operación se atienda a lo que establezcan las disposiciones aplicables y a lo que las partes han explicado y demostrado, considerando que el pago de la contraprestación aludida con la celebración de la licencia de marca no es un anticipo de los activos adquiridos, sino el pago del monto de la operación. Lo que corresponde es analizar su verdadera naturaleza jurídica y la manera y términos en que son registradas contablemente y tratadas en los hechos, precisamente con los elementos con que cuenta la autoridad por su investigación.

De esos elementos resulta que el pago hecho por los activos adquiridos responde a una cantidad que es lo registrado contablemente como activo y que no rebasa umbral alguno; mientras que el convenio establece el pago de regalías que no son ni se han hecho en calidad de pago [REDACTED] (cuya adquisición es la materia de la concentración y, por ello, lo que determina su monto).

El que se hubiera establecido [REDACTED] demuestra, que, atendiendo a la naturaleza jurídica del pacto e intención de las partes, [REDACTED], licencia que en realidad es lo que sí fue el objeto de la concentración. Esos montos, a generarse posteriormente en ejecución de la licencia no son, pues, parte del monto de la operación de concentración que celebraron las partes, ni existe precepto alguno que permita considerarlo, así como pretende la acusadora, amén de que su postura se constituye en un método y un castigo inusitado.

No es posible que se sume [REDACTED], en realidad, la operación para [REDACTED].

Es claro que no existe fundamento legal que sustente el criterio de cálculo que pretende imponer, *ex post facto*, de manera inusitada y en forma retroactiva, la ST, ni ninguno se expresa en el oficio que se contesta, lo que demuestra la ilegalidad y falta de sustento de la acusación que formula.

El agravio que se contesta es infundado. Como se ha precisado en la sección "Clausulado de la LICENCIA DE MARCA", localizada en el apartado 4.4.2 de esta resolución, el ACUERDO DE INICIO realiza una interpretación literal de los instrumentos que forman parte de la operación, sin que de los mismos se haya tenido que emplear técnica de interpretación distinta a la literal.

Como se describió en el apartado 3.1.3 de esta resolución, la cláusula IX de la LICENCIA DE MARCA resulta clara en cuanto a [REDACTED]. Asimismo, independientemente de cualquier situación,

la vigencia de dicho contrato se circunscribió a un plazo de [REDACTED] B

Por lo que hace a la ausencia de criterios legales que funden el ACUERDO DE INICIO, como se ha precisado, el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012 es claro en cuanto a que el umbral se entenderá actualizado de acuerdo al monto de la operación, sin que se haga distinción alguna de casos en los cuales pudieran aplicarse criterios distintos. Aun cuando los montos de [REDACTED] B pudieran generarse en forma posterior a la celebración del contrato, las mismas se encontraron contempladas al momento en que se pactaron y quedaron perfeccionadas a la firma del contrato, lo cual actualiza el supuesto previsto en el artículo 18, fracción IV, del RLFCE, haciendo que la operación fuera notificable a partir de ese instante.

En cuanto a que [REDACTED] B, como se apuntó en la sección "Criterios contables", del apartado 4.4.2 de esta resolución, [REDACTED] B, la cual era conocida por los involucrados en la concentración desde que lo pactaron y se concretó al momento en que celebraron la misma. De tal manera, resulta irrelevante la forma en la que INNOVACIÓN haya asentado en su balance general [REDACTED] B, toda vez que, a la firma de la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B depende, entre otras cuestiones, [REDACTED] B

INNOVACIÓN señala lo siguiente:¹⁷⁷

Sin perjuicio de que, como se ha dicho, la operación debidamente apreciada demuestra que no se requería notificación alguna a la autoridad y que el método y criterio seguido en el oficio para construir el supuesto monto de la operación carece de todo sustento y fundamento legal, lo cierto es que -en el supuesto sin conceder que se pudiera hacer el ejercicio planteado- el cálculo del monto mínimo de la operación propuesto por la ST es incongruente y, aún peor, inexacto.

Hay incongruencia porque al realizar su infundado cálculo, la ST sumo actos sucesivos que ni siquiera se han dado ([REDACTED] B), pero al hacerlo omite considerar que, en todo caso, esa sucesión habría de ser considerada también para efectos de la oportunidad de una eventual notificación (artículo 18 del RLFCE). Desde luego, no se consiente que en la especie existiera tal sucesión de actos, pero se resalta la incongruencia e inconsistencia del oficio que se contesta al respecto. Para lo que conviene si se considera esa sucesión, pero para lo que no, pues no, cosa que resulta ilógica e ilegal.

El argumento que se contesta en **infundado**. Contrario a lo señalado por INNOVACIÓN, la sucesión de actos considerados en el ACUERDO DE INICIO se limita a aquellos actos que se llevaron a cabo para el perfeccionamiento de la operación, esto es, la celebración de los diversos contratos o

¹⁷⁷ Páginas 28 a 29 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

convenios referidos a lo largo de esta resolución. En este sentido, en el ACUERDO DE INICIO se señaló que “[...] las partes tendrían que haber notificado la concentración antes de que se perfeccionara el último de sus actos, es decir, la entrada en vigor de la LICENCIA DE MARCA.”¹⁷⁸

En consecuencia, dicha sucesión de actos termina con la celebración del último contrato que conformó la operación, lo cual resulta consistente con lo previsto en el artículo 18, fracción IV, del RLFCE. Dicho precepto prevé que, tratándose de una sucesión de actos, los agentes económicos tienen la obligación de notificar la concentración antes de que se perfeccione el último de ellos por virtud del cual se rebasen los montos establecidos.

Tras el perfeccionamiento de la operación ésta continúa su ejecución; sin embargo, no se mantiene sujeta a un plazo, puesto que los [REDACTED] B [REDACTED]. En este sentido, la ST señaló lo siguiente:

“B [REDACTED] el valor de la operación dentro de la República, directa o indirectamente, era superior al umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012.”¹⁷⁹

En consecuencia, es incorrecto considerar que cada uno de [REDACTED] B [REDACTED] forman parte de la sucesión de actos que dio origen a la operación, pues, en términos del artículo 18 del RLFCE, la concentración debe ser notificada antes de que se perfeccione el último acto por virtud del cual se rebasan umbrales. En el caso concreto, una cosa es el perfeccionamiento del acto, que ocurre cuando las partes firman el contrato, y otra distinta [REDACTED] B [REDACTED] que forman parte de la operación. Aun cuando [REDACTED] B [REDACTED], los mismos ya se conocen y son posibles de determinar y las partes ya estaban obligadas a pagar esos montos porque el contrato correspondiente ya se había perfeccionado. Motivo por el cual, la notificación de la operación debió ocurrir antes del perfeccionamiento del acto que generó la obligación [REDACTED] B [REDACTED].

INNOVACIÓN señala:¹⁸⁰

Por lo demás, el cálculo mismo resulta inexacto porque es un error por parte de la ST el pretender sumar el equivalente a [REDACTED] B [REDACTED]; lo anterior, entre otras cosas, debido a que:

(i) [REDACTED] B [REDACTED]. Razón por la cual, como demostró INNOVACIÓN, en su respuesta al numeral 2.1.9. del Escrito de fecha nueve de mayo de dos mil diecisiete que dio repuesta al oficio COFECE-AI-DGIM-2017-045 en el expediente antes aludido, [REDACTED] B [REDACTED]

¹⁷⁸ Página 27 del ACUERDO DE INICIO.

¹⁷⁹ Página 27 del ACUERDO DE INICIO.

¹⁸⁰ Páginas 29 a 30 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

B. Toda vez que INNOVACIÓN B
B
B
B. La imprecisión de INNOVACIÓN deriva de que el pago B
B
B
B. Esto es reconocido por la misma INNOVACIÓN que señala que "B
B 182

Respecto del pago B
B

Cabe señalar, sin embargo, que independientemente de cómo las Partes de manera interna registraron la operación dentro de su contabilidad, es un hecho que desde el cierre de la operación se acordaron B.

Así, este argumento es **infundado** puesto que el ACUERDO DE INICIO no pretende definir B
B y, por lo tanto, no determina cómo se define contablemente el pago de las mismas;
sino que señala que B
B.

INNOVACIÓN indica lo siguiente:¹⁸³

(ii) Por otra parte, la ST pareciera no considerar el hecho de que, como ella misma lo reconoce en el ACUERDO DE INICIO, existen riesgos e incertidumbre asociados al cobro de dichas B

B. Esto es, la autoridad pretende eliminar la incertidumbre asociada al cobro de dichas B
B; sin embargo, no considera otras fuentes de incertidumbre asociadas a estas B. Por ejemplo, la posibilidad de que el contrato se termine anticipadamente, B

De llevarse a cabo dicha cancelación o modificación al contrato; ya sea para terminarlo anticipadamente, eliminar B B
B (y utilizados por la ST al elaborar la Tabla de la página 23 del ACUERDO DE INICIO se verían modificados). De lo anterior se concluye que en realidad estos valores no eran conocidos con certidumbre por las partes

¹⁸² Página 25 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

¹⁸³ Páginas 30 a 31 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

al momento de llevar a cabo la transacción, por lo que no podrían ser considerados para determinar el valor de ésta.

El agravio que se contesta es **infundado**.

Por cuanto hace a la posible variación en el monto de B, si bien es cierto que B

, de tal manera que, como se dijo en el ACUERDO DE INICIO, B

Con relación a la posibilidad de terminación anticipada del contrato, se remite la respuesta brindada en la sección "El contrato puede concluir antes" del apartado 4.4.1 de esta resolución.

INNOVACIÓN manifiesta:¹⁸⁴

(iii) Finalmente, de evaluarse el valor total asociado a la transacción como la suma de las B, entonces la operación -en el tracto sucesivo- no se ha consumado aún; por lo que los involucrados, en su caso, aún estarían a tiempo de presentar para su autorización ante esta Autoridad la operación analizada. Esto es, aun si se sumaran B a finales de este año 2018 (tal y como lo hace para la vigencia del contrato la ST en el ACUERDO DE INICIO), B, monto que resulta B menor al del umbral aludido por la autoridad acusadora.

El argumento en estudio es **infundado**.

Como se precisó líneas arriba en el presente apartado, la fracción IV del artículo 18 del RLFCE establece que las concentraciones que consistan en una sucesión de actos deberán ser notificadas antes de que se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual sean superados los umbrales.

En el presente caso, el acto a través del cual se rebasaron los umbrales fue la LICENCIA DE MARCA, en la cual se B, objeto de la operación. A pesar de que el B, lo cierto es que su perfeccionamiento ocurre en el momento en que es celebrado el contrato, esto es, a la firma de la LICENCIA DE MARCA.

INNOVACIÓN señala:¹⁸⁵

Debido a lo anterior, es un error tanto desde el punto de vista legal, procedimental y económico el pretender sumar la totalidad de B como parte del valor de la transacción para determinar si la misma rebasaba o no los umbrales establecidos en la LFCE 2012 en el año 2013, año en el que se llevó a cabo la Operación Analizada, lo que además es inusitado y carece de fundamento legal.

¹⁸⁴ Página 31 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

¹⁸⁵ Páginas 31 a 38 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que -a pesar de los argumentos anteriores- dichas [REDACTED] B, es claro e inmediato ver desde el punto de vista lógico, económico y financiero, que la manera en que éstas son sumadas por la ST en el oficio es a todas luces erróneo, inusitado, carente de lógica y de fundamento, porque dicha autoridad [REDACTED] B

[REDACTED]; situación que es indudablemente errónea.

Es sabido bajo cualquier principio elemental de análisis financiero o método de valuación de empresas, activos o proyectos, que los flujos futuros o esperados de una transacción o proyectos deben analizarse de manera descontada. Es por esto por lo que uno de los métodos de valuación de empresas y /o proyectos más utilizados en el mundo de las finanzas es el Método de Flujos Descontados o DCF por sus siglas en inglés (*Discounted Cash Flows*).

Esta metodología reconoce el valor del dinero en el tiempo y el costo de oportunidad de los accionistas o inversionistas que habrán de aportar el capital para incursionar en el proyecto o transacción valuada.

El Pleno podrá comprobar que esta tasa de descuento y la metodología de flujos de efectivo descontados fueron presentados por INNOVACIÓN a la AI en el IO-004-2018 como parte de su respuesta al numeral 4.1.1. del Escrito de fecha diez de julio de dos mil dieciocho para responder al Oficio Número COFECE-AI-DGIM-2018-101 en la cual se presentaba como Anexo Numeral 4.1.1 algunas valoraciones internas, [REDACTED] B

El argumento es infundado, pues contrario a lo que señala INNOVACIÓN, la LFCE 2012 no establece el uso de una metodología especial para actualizar el monto de los pagos futuros. Esto ha sido abordado en el apartado “4.4.1 Sobre la aplicación de los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012” de la presente resolución y en la respuesta al primer agravio abordado en el presente apartado.

Sobre el Método de Flujos Descontados propuesto por INNOVACIÓN, se observa que la fórmula utilizada es la misma que ha utilizado NESTLÉ para calcular el Valor Presente Neto de la operación. En este caso, INNOVACIÓN utiliza como valor de la tasa de descuento (que Nestlé y el PERITO 1 calculan de formas distintas, lo cual muestra claramente la incertidumbre en la que estarían los agentes económicos al verse obligados a actualizar el monto de la operación) el costo promedio ponderado del capital que señala, sin presentar mayor evidencia, que es del [REDACTED] B (nuevamente, la determinación de si a ese costo se le agrega o resta un punto porcentual, podría afectar la determinación de si una operación rebasa el umbral o no). A partir de esa tasa de descuento, INNOVACIÓN determina que la operación no habría rebasado el umbral previsto en la fracción I del artículo 20 de la LFCE. Inclusive, INNOVACIÓN determina que, todo lo constante, cualquier tasa de descuento superior al [REDACTED] B

Eliminado: setenta y siete palabras

B implica que, traído a valor presente neto, el monto de la operación no supere el referido umbral de la Ley.

El ejercicio presentado por INNOVACIÓN deja en evidencia, como la actualización de valores nominales, aun respecto a pagos futuros, puede resultar totalmente subjetivo, pues el cálculo realizado por NESTLÉ (así como el PERITO 1) brinda resultados distintos a los aportados mediante la metodología utilizada por INNOVACIÓN.

Esto pone en evidencia que la aplicación de dichas metodologías, además de resultar ilegal, por no estar contemplada en la LFCE 2012, ni su RLFCE, va en detrimento de la certeza jurídica de los posibles notificantes de una concentración, pues el monto de cada operación variará de acuerdo a la apreciación de cada agente económico, pudiendo resultar que, en circunstancias similares, se obtengan resultados distintos.

INNOVACIÓN agrega los siguientes argumentos:¹⁸⁶

Más aún, el umbral que toma como referencia la LFCE para determinar la necesidad u obligación de notificar una concentración como la analizada, reconoce el valor del dinero en el tiempo. Esto porque no se trata de un valor absoluto sino de un valor relativo que varía conforme aumenta el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. Así, este umbral que en el dos mil trece era de \$1'165'680,000 (mil ciento sesenta y cinco millones seiscientos ochenta mil pesos) para el dos mil dieciocho ascendió a \$1,590'480,000 (mil quinientos noventa millones cuatrocientos ochenta pesos). Lo anterior porque mientras que el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal era de \$64.76 (sesenta y cuatro pesos 76/100) en dos mil trece, reconociendo el valor del dinero en el tiempo se incrementó a \$88.36 (ochenta y ocho pesos 36/100) en el dos mil dieciocho. Así, en términos generales, con base en la tasa de descuento implícita en el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, referencia utilizada por la LFCE para los umbrales de notificación de concentraciones, \$88.36 (ochenta y ocho pesos 36/100) en dos mil dieciocho son equivalentes a \$64.76 (sesenta y cuatro pesos 76/100) en dos mil trece. Considerando que dicho salario mínimo puede llegar hasta los \$176 (ciento setenta y seis pesos) en dos mil veinticuatro, sería mayor a los tres mil millones de pesos.

En conclusión, aún en el supuesto sin conceder que el método y acercamiento de la ST para calcular el monto de la operación resultara adecuado -que no lo es-, es claro que un correcto análisis de **B**

B

como parte del valor de la transacción u operación analizada en el año dos mil trece, ésta no rebasaba los umbrales que hubieran hecho de la misma una operación que requiriera ser notificada a la autoridad de competencia. Por tanto, es falso que -como pretende hacer ver la ST -se hubiera incumplido con la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse.

Eliminado: treinta y ocho palabras

¹⁸⁶ Páginas 38 a 42 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

Esto ya que, ha quedado demostrado que la operación analizada:

(i) No debiera cuantificarse considerando los montos futuros asociados a pagos B

; y que,

(ii) Independientemente de lo anterior el análisis descontado de los flujos futuros asociados a B sumado al resto de los pagos realizados en el año dos mil trece en relación con la operación analizada (B) no rebasan los umbrales que hubieran hecho de ésta una operación que debía notificarse ante la autoridad de competencia.

Por último, mi representada quiere dejar de manifiesto que algunos de los montos utilizados por la autoridad en el oficio no corresponden con aquellos presentados a esta misma COFECE, sin que conozca la razón por la cual se presentan dichas diferencias. Por ejemplo:

(i) En respuesta al numeral 3.b. del Escrito de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciocho que dio respuesta al Oficio Número DGAJ-CFCE-2018-021, se señaló que se hizo B

que señala la acusadora en las Tablas del oficio.

(ii) En respuesta al numeral 2.1.3. del Escrito que dio respuesta al Primer Reiteramiento, INNOVACIÓN señaló que el monto pagado B

que señala la ST.

Por todo antes expuesto, es claro que la imputación hecha en el oficio es indebida e infundada, por lo que mi representada debe ser absuelta para todos los efectos de ley.

El argumento es infundado.

Este argumento es igual al analizado en los párrafos inmediatos anteriores con la única diferencia de que INNOVACIÓN propone utilizar como tasa de descuento la que se encuentra implícita en el salario mínimo a lo largo del tiempo. Esto ejemplifica nuevamente como actualizar el monto de una operación a Valor Presente Neto, generaría una incertidumbre absoluta en los agentes económicos respecto de la tasa de descuento que habría de utilizarse. Únicamente en este caso, se han propuesto ya cuatro tasas de descuentos distintas: INNOVACIÓN utilizó ya su costo promedio ponderado del capital y ahora usa la tasa de descuento implícita en el salario mínimo, NESTLÉ el valor de la Tasa Social de Descuento y como se analizará más adelante, el PERITO 1 utilizará un rango de tasa de descuento para determinar si la operación superaba el umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 o no.

Eliminado: ciento seis palabras

Así, para calcular la tasa de descuento implícita en el salario mínimo, INNOVACIÓN utiliza los valores observados de dicho indicador entre dos mil trece y dos mil dieciocho, años posteriores a la operación, pero cuyo valor *ex post* conoce. Para el año dos mil diecinueve, INNOVACIÓN señala que considera *“un nivel conservador del salario mínimo con base en declaraciones de mediados de año; no obstante, el nuevo gobierno ha manifestado ya su intención de incrementar el mismo a \$101 para el año 2019.”* Finalmente, para los años posteriores a dos mil diecinueve (de dos mil veinte a dos mil treinta y tres) INNOVACIÓN utiliza el promedio simple de la tasa de crecimiento del salario mínimo entre dos mil catorce y dos mil diecinueve, para obtener una tasa de descuento para ese periodo del siete punto dieciocho por ciento (7.18%). A partir de esto, INNOVACIÓN obtiene el monto de la operación actualizado a valor presente neto conforme a los criterios descritos que resulta ser un valor de

B superior al valor presente neto calculado mediante el uso de una tasa de descuento equivalente al costo promedio ponderado del capital de INNOVACIÓN. Cabe señalar al respecto, que todos estos valores puntuales eran desconocidos antes de realizarse la operación.

Como se ha precisado a lo largo de este apartado, la LFCE 2012 no establece el uso de tasas de descuento para el cálculo del monto de una operación en caso de la existencia de pagos futuros, pues, como se ha demostrado, esto genera gran incertidumbre ante la infinidad de metodologías y tasas que podrían utilizarse para cuantificar el valor de una operación o un activo (se reitera, tan solo en la presente resolución se han analizado, al menos, cuatro tasas o metodologías: uno propuesta por NESTLÉ, una más por el PERITO 1 y otras dos por INNOVACIÓN).

Máxime si se considera que, en este caso, el factor de crecimiento o decremento del salario mínimo se encuentra sujeto a diversas variables y no es posible contar con una tasa constante que puede ser aplicada en forma directa. De nueva cuenta, la actualización de estos montos genera incertidumbre que ya ha sido disipada por el legislador en la LFCE 2012, así como en su RLFCE, motivo por el cual, esta Comisión no se encuentra en posibilidad de aplicar conceptos, distintos al valor nominal, no previstos en un ordenamiento jurídico.

Finalmente, por lo que hace a los montos que INNOVACIÓN considera distan de los proporcionados por dicho agente económico, su argumento resulta inoperante por no modificar en nada las conclusiones a las que se arribó en el ACUERDO DE INICIO.

En el caso del monto pagado por inventarios, el utilizado en el ACUERDO DE INICIO es menor que el proporcionado por INNOVACIÓN, por lo que modificarlo en los términos descritos por dicho agente económico únicamente confirmaría la hipótesis de que la operación superó umbrales.

Por lo que hace a B en dos mil trece, a pesar de que el monto propuesto es menor que el utilizado en el ACUERDO DE INICIO, de nueva cuenta el umbral sigue siendo rebasado.

4.4.6 Sobre el establecimiento de multas a dos o más personas miembros del mismo GIE

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁸⁷

Eliminado: once palabras

¹⁸⁷ Páginas 51 a 55 del ESCRITO DE NESTLÉ.

Suponiendo que el Pleno considere que, dado que las sociedades forman parte de un mismo GIE, la sucesión de actos configuró una supuesta concentración que superó el umbral establecido en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, no podrá imponer diversas multas a dos o más empresas del mismo grupo, ya que, en su caso, estaría violando el principio constitucional de proporcionalidad de la sanción y de *non bis in ídem*.

La proporcionalidad de la sanción se encuentra tutelada por el artículo 22 de la CPEUM, donde se salvaguarda que para la imposición de una pena debe hacerse una valoración cualitativa y cuantitativa que sea correlativa a la acción, a efecto de evitar las penas exorbitantes.

Por su parte, el principio de *non bis in ídem*, alojado en el artículo 23 de la CPEUM, prohíbe el doble enjuiciamiento por el mismo delito y consigna una garantía de seguridad jurídica, cuyo propósito es proteger al gobernado que ha sido juzgado por determinados hechos, para que no sea sometido a un nuevo proceso por ese motivo, lo que da certeza de que no se le sancione varias veces por la misma conducta. Es así que, a efecto de salvaguardar las garantías de los regulados, el poder judicial ha señalado que este principio también es aplicable al derecho administrativo sancionador.

En el supuesto de que este Pleno considere que la operación es atribuible a NESTLÉ como sucesión de actos por haberse llevado a cabo por un GIE, entonces deberá de tomar en cuenta que el artículo 19 del RLFCE establecía: “*Están obligados a notificar la concentración los agentes económicos que participan directamente en la misma*”. Si bien NESTLÉ no consiente ni la norma ni su aplicación al presunto “vendedor” de una transacción, en caso de estimar que esta disposición involucra al presunto “vendedor”, deberá interpretar esta disposición en el sentido de que existe una sola obligación de notificar por agente económico y que su incumplimiento, también, únicamente debe implicar una sola una sanción; en caso contrario, se estaría sancionando una misma inobservancia tantas veces como multas se impongan a diversas entidades.

El Pleno debe llevar a cabo la interpretación del artículo 19 del RLFCE que sea más favorable para la protección de los derechos de NESTLÉ y evitar a toda costa violentar el derecho de *non bis in ídem*. Así, sería desproporcional atribuir una sanción a cada empresa integrante del grupo por las conductas individuales desplegadas.

Nótese que la ST utiliza, explícita o implícitamente, en distintos momentos, de manera arbitraria, el concepto de GIE: lo empleó para la notificación, para la atribución a B en el ACUERDO DE INICIO, entre otros, por lo que sería incongruente internamente poner una sanción individual a cada agente económico por la misma conducta que ella asume como indivisible en la construcción de la imputación y en sus diligencias procesales.

Esta interpretación se fortalece si consideramos el texto actual del artículo 20 de las DRLFCE, el cual señala que, en caso de una concentración que involucra a varios cedentes o adquirentes del mismo grupo económico, basta con que el controlador del

Eliminado: cuatro palabras

grupo notifique la concentración. Es decir, el mismo precepto reconoce una sola obligación de notificar una operación.

Así, siguiendo la misma *ratio* de dicho precepto, si existe una sola obligación, en caso de incumplimiento, entonces también solo podría existir una sola sanción. Sería desproporcional sancionar a todas las empresas integrantes de un GIE por una conducta, que a dicho de la COFECE puede ser desplegada por una sola de ellas.

Por lo que, si bien este precepto legal no existía cuando se llevó a cabo la operación, la nueva normativa da una correcta interpretación y alcance de la obligación de notificar una concentración -que existe, al menos, desde la ejecución de la concentración imputada- según la cual es absurdo obligar a todas las entidades del grupo involucradas en la transacción, a cumplir con las obligaciones de notificación.

En la página 1 del ACUERDO DE INICIO, la COFECE se refiere a un: "B
[...]" . Por lo tanto, sería ilegal multar a dos o más entidades de Grupo Nestlé en aplicación del artículo 19, considerando que la imputación atribuye las acciones de una entidad a la otra (sin justificarlo).

Con base en lo anterior, en el supuesto jamás concedido que el Pleno estimase sancionar indistintamente a todos los emplazados -SDEP, NESTEC y NESTLÉ- se pone de manifiesto que tal actuar sería contrario al correcto alcance del artículo 19 del RLFCE, a la luz de los principios de proporcionalidad en la imposición de la sanción y *non bis in idem*.

Las manifestaciones de NESTLÉ son infundadas, ya que es erróneo que se le haya atribuido a dicho agente todos los contratos mediante los cuales se llevó a cabo la operación.

NESTLÉ argumenta que en caso de que este Pleno considere que la operación le es atribuible por haberse llevado a cabo por miembros del mismo GIE, debe determinar que existe una sola obligación de notificar y también una sola sanción, puesto que sería desproporcional atribuir una sanción a cada empresa integrante del GIE por las conductas individualmente desplegadas y contrario al principio *non bis in idem*. NESTLÉ incluso se contradice, pues por un lado señala que no debía atribuírsele la firma de todos los convenios que formaron parte de la concentración y, por otro, señala que la multa que se tendría que imponer sería sólo una a todo el GIE.

En el ACUERDO DE INICIO no se atribuyó a NESTLÉ la suscripción de contratos en los que no participó como firmante. Como se indicó, la determinación de la existencia de una sucesión de actos que constituyen una concentración deriva de los propios contratos, lo cual incluso fue confirmado por NESTLÉ durante el desahogo del presente procedimiento, por lo que es falsa la premisa en la que sustenta su argumento. Esto ha sido objeto de estudio en la primera parte de la cuarta consideración de derecho de esta resolución.

En cuanto al señalamiento de NESTLÉ relativo a que este Pleno debe realizar la interpretación del artículo 19 del RLFCE que sea más favorable a dicho agente, se indica que el principio de interpretación más favorable a la persona no implica que esta autoridad deje de aplicar o pase por

alto los principios constitucionales y legales previstos en el resto del sistema jurídico mexicano.¹⁸⁸ En este aspecto, el artículo 19 en comento establece expresamente que tienen la obligación de notificar una concentración los agentes económicos que participen directamente en la misma, sin que se adviertan dos o más soluciones o posturas jurídicas válidas sujetas a interpretación o derechos que estén en conflicto y que, por lo tanto, ameriten la invocación del principio *pro personae* a fin de resolver un problema de aplicación de la norma.

Respecto de las manifestaciones de NESTLÉ en relación con el artículo 20 de las DRLFCE, que según lo señalado, da una correcta interpretación y alcance de la obligación de notificar una concentración, puesto que reconoce una sola obligación de notificar una operación, se advierte que, si bien las DRLFCE, con la finalidad de simplificar los procedimientos de notificación de concentraciones, prevén la posibilidad de que la controladora de un GIE notifique la operación, dicha posibilidad no exime de la responsabilidad de todos aquellos agentes que participaron directamente en la concentración de responder por la misma.

En consecuencia, la interpretación del artículo 19 del RLFCE no puede construirse de manera que exima a los agentes económicos que participan en una concentración de su obligación de notificarla, en virtud de que la posibilidad de que una controladora notifique una concentración, tal como lo prevé el artículo 20 de las DRLFCE, además de no ser aplicable al presente procedimiento.

Además, debe considerarse que al momento en que se llevó a cabo la operación, lo establecido en las DRLFCE no era aplicable por no encontrarse vigente, sino que debía seguir las reglas establecidas por el artículo 19 del RLFCE. Y en todo caso, debía acreditarse la imposibilidad jurídica o de hecho establecida en su párrafo segundo, sin que se haya alegado en este momento.

En efecto, el artículo 19 del RLFCE establecía que se encontraban obligados a notificar los agentes que participaran en la misma y, únicamente en caso de una imposibilidad jurídica o de hecho, se dispensaba dicha obligación. En el caso concreto, NESTLÉ no acredita ni justifica la existencia de una imposibilidad a cargo de alguno de los participantes en la concentración. Esto implica que incluso en una operación en la que hubieran estado directamente involucradas todas las subsidiarias o filiales de un grupo, se encontraban obligados a notificar la concentración.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Al respecto, véase el siguiente criterio de jurisprudencia aplicable por analogía: “*PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVE LA NORMA FUNDAMENTAL*”. Registro No. 2006485; Jurisprudencia 2a./J. 56/2014 (10a.); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 6, mayo de 2014; Tomo II; Pág. 772.

¹⁸⁹ Resultan orientadores los siguientes criterios del PJJ y de la SCJN: (i) “*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*”. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1227. I.4o.A. J/69. Registro: 168497; así como lo señalado por la Primera Sala de la SCJN, en los amparos en revisión 168/2007, 169/2007, 172/2007, 174/2007 y 418/2007, consistente en que “[...] resulta importante hacer un

De esta manera, al tener la obligación de notificar una concentración todos los agentes económicos que participaron directamente en la misma, la imposición de una sanción a todos aquellos agentes que la omitieron no es contraria al principio *non bis in idem*. Dicho principio consiste en la prohibición de procesar dos veces a una misma persona por la realización de una conducta ilícita, pero ello no implica que diversas personas puedan ser procesadas y sancionadas por la comisión, por parte de cada una de ellas, de una conducta ilícita, como sucede en este caso, y mucho menos que a través de dicho principio se les exima de las obligaciones previstas en la normativa de competencia.

4.5 Otras consideraciones

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁹⁰

Deberá considerarse también que la investigación tramitada bajo el expediente IO-004-2016 es ilegal, al haber iniciado a pesar de que la AI no tenía facultades para realizar tal investigación (en caso de que se determine que la operación no rebasó los umbrales monetarios, habría transcurrido más de un año entre la celebración de la operación y el inicio de esa investigación), o bien, al tramitarse sin contar, desde un principio, con certeza jurídica sobre si el despliegue de sus facultades es contrario a derecho (en caso de que se determine cerrar el expediente por violaciones formales en el expediente, sin hacer un pronunciamiento de fondo).

Dichas manifestaciones son **inoperantes** en virtud de que **no combaten** los elementos de convicción y razonamientos que sustentan el ACUERDO DE INICIO.

Adicionalmente, se indica que, con fundamento en el artículo 84 de la LFCE, este Pleno debe resolver cada asunto con base en la valoración de los medios de convicción que aparezcan en el proceso y que obran en el expediente correspondiente. En consecuencia, esta autoridad está obligada a aplicar la norma a los hechos que le son sometidos a su consideración en cada caso concreto, por

pronunciamiento en relación a los grupos económicos, a quienes, en un momento dado, puede considerárseles como un agente económico. Es factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes. En estos casos, es necesario analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman ese grupo, pues el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí, o bien, sin el conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que sólo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico [...] En ese sentido, puede ocurrir que aun cuando existiera una relación económica entre diversas entidades comerciales componedoras de un grupo económico determinado, ello no implica que forzosamente todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades realizadas por el grupo. En otras palabras, es posible que algunos componentes de un grupo económico determinado, en razón de sus funciones, no tengan injerencia o ni siquiera conocimiento de algunas políticas o actividades desarrolladas por el resto de los componentes de dicho grupo, o bien que dos o más componentes realicen acciones u omisiones conjuntas lícitas o ilícitas que no involucren en nada al resto del mismo. - - - Ahora bien, lo anterior tampoco niega la posibilidad de que sí pueda suceder que la totalidad de los componentes de un grupo efectivamente sean parte o cómplices en la totalidad de las actividades realizadas por ese grupo y que puedan incurrir en ilícitos de carácter económico; sin embargo, debe dejarse en claro que no sólo por constituirse un grupo económico determinado, todos sus componentes serán responsables de las actividades ilícitas que realice el mismo, pues, como se dijo, puede ocurrir el caso que algunos de ellos no tengan injerencia o conocimiento de determinadas actividades que incurran en ilícitos económicos [...]"

¹⁹⁰ Página 72 del ESCRITO DE NESTLÉ.

lo que no puede pronunciarse de las constancias del expediente IO-004-2016 que tramita la AI, información a la cual no tiene acceso, de conformidad con el artículo 124 de la LFCE.

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:¹⁹¹

A partir de los elementos contenidos en el EXPEDIENTE, la operación es de aquellas que no pueden ser investigadas. Conforme al artículo 20 de la LFCE 2012, el legislador estableció los supuestos en que las concentraciones deben notificarse.

El legislador determinó los criterios para concluir que una operación no puede ser investigada, mismos que se mantienen en la legislación vigente: (i) las concentraciones que hubieren obtenido resolución favorable previamente; y, (ii) las concentraciones que no hubieren requerido notificarse previamente, luego de un año a su realización. Lo anterior es acorde con la exposición de motivos de la LFCE 2012.

Para el caso que nos ocupa, es claro que entre la celebración y perfeccionamiento de la operación y el inicio de este procedimiento el doce de marzo de dos mil dieciocho, transcurrió más de un año.

Como se ha dicho, la operación no rebasa los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012 y, por ello, no tenía que ser notificada.

Los argumentos antes referidos son **inoperantes** por **no combatir** el ACUERDO DE INICIO y por partir de **premisas erróneas**.

En los apartados previos se ha dejado en claro cómo es que las manifestaciones de INNOVACIÓN sobre la actualización de umbrales resultan **inoperantes** o **infundadas**. Asimismo, en sus manifestaciones INNOVACIÓN no brinda razones adicionales por las cuales considera que su operación no rebasó los umbrales correspondientes y, consecuentemente, se trataría de una concentración que no puede ser investigada, motivo por el cual no le asiste la razón en cuanto a que la operación se encuentre en alguno de los supuestos en que ya no pueden ser investigadas.

Con independencia de lo anterior, se reitera a INNOVACIÓN que el presente procedimiento sólo tiene por objeto verificar el cumplimiento de una obligación contenida en la normativa de competencia, en ejercicio de las facultades preventivas, consistente en notificar una transacción que habría pasado los umbrales legales para ello.

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁹²

En caso de que se estime que NESTLÉ incumplió su obligación de notificar previamente una concentración, se solicita que el Pleno tome en cuenta los siguientes aspectos al individualizar mi sanción.

a. NESTLÉ no tenía incentivos para omitir el cumplimiento de la obligación que impone la LFCE de notificar previamente

¹⁹¹ Páginas 18 a 21 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

¹⁹² Páginas 72 a 74 del ESCRITO DE NESTLÉ.

B

Por lo tanto, Grupo Nestlé también solicita que este elemento sea tomado en cuenta como circunstancia atenuante para el cálculo de una sanción, toda vez que impidió que se dañara el proceso de competencia.

d. Multa mínima

De lo anteriormente expuesto, es posible observar que Grupo Nestlé cuenta con factores mitigantes que demuestran su cumplimiento de la LFCE en forma integral y en sus actuaciones del día a día.

De tal forma, se solicita a ese Pleno que considere que, de conformidad con la LFCE 2012, la práctica decisoria histórica consideraba como monto de sanción a imponer a agentes económicos en estos asuntos una multa cuantificada equivalente al doble del monto del pago de derechos por el análisis de una concentración, -destacando que dicha práctica común histórica fue acogida por el legislador en el artículo 127 fracción VIII de la LFCE, demostrando una correcta aplicación de dicho criterio.

Las manifestaciones de NESTLÉ son inoperantes puesto que **no combaten** las consideraciones vertidas en el ACUERDO DE INICIO. No obstante, serán tomadas en cuenta a efecto de individualizar el monto de la multa.

INNOVACIÓN manifestó lo siguiente:¹⁹³

Ausencia de daños y buena fe que se hace valer solicitando al Pleno considere que INNOVACIÓN y, en general, la operación cuestionada constituye un acto mercantil celebrado de buena fe, que las partes en él involucradas consideraron que no se actualiza supuesto alguno de notificación por razones lógicas y basadas en ley, y en fin no se ha causado ni se causa daño alguno al mercado ni a persona cualquiera. Además, mi actuar en este procedimiento (como en el diverso IO-004-2016) ha sido respetuoso y de colaboración, coadyuvando a la presentación de la información y elementos que le han sido requeridos, con transparencia y asiduidad.

Si bien las manifestaciones de INNOVACIÓN son inoperantes puesto que **no combaten** las consideraciones vertidas en el ACUERDO DE INICIO, las mismas serán tomadas en cuenta a efecto de individualizar el monto de la multa. Ello con excepción del comportamiento que dicho agente ha observado en el expediente IO-004-2016, dado que se trata de una investigación que obra en una causa distinta a la cual no puede tener acceso el Pleno de esta COFECE, en tanto no pronuncie la AI sus conclusiones sobre ella, motivo por el cual no es dable considerar su colaboración en la misma como una atenuante el monto de la multa.

¹⁹³ Páginas 42 y 43 del ESCRITO DE INNOVACIÓN.

NESTLÉ manifestó lo siguiente:¹⁹⁴

NESTLÉ solicita que esta COFECE se abstenga de dar publicidad a la resolución sancionatoria que, en su caso, sea emitida en el EXPEDIENTE.

Se solicita a esa COFECE se abstenga de difundir por cualquier medio posible, ya sea en su página de Internet o a través de comunicados de prensa, la resolución por virtud de la cual se llegue a sancionar a alguna de las personas integrantes del Grupo Nestlé.

Obsérvese que la publicación de una sanción impuesta contra alguna de las empresas del Grupo Nestlé en una resolución que aún no es firme (por no haber sido confirmada por un órgano judicial) vulneraría los derechos de NESTLÉ al marcarla y señalarla de forma pública como una empresa vinculada a la infracción de la legislación en materia de competencia económica. Así, la difusión de una posible sanción podría causarle a NESTLÉ diversos daños (pecuniarios, reputacionales, u otros derivados del impacto negativo en el valor de sus acciones), por lo que NESTLÉ se reserva el derecho de reclamarlos en el momento procesal oportuno, en caso de que COFECE emita un comunicado de prensa en un momento indebido, esto es: antes de que la decisión sea definitiva en todas las instancias.

Con fundamento en los artículos 47 de las DRLFCE y 36 del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de la COFECE,¹⁹⁵ se indica que las resoluciones emitidas por esta COFECE deben ser publicadas en su sitio de Internet y pueden ser difundidas y compiladas en cualquier otro medio, salvo la información identificada como confidencial o reservada.

Adicionalmente, esta autoridad cuenta con el carácter de sujeto obligado en términos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁹⁶ y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública,¹⁹⁷ por lo que las resoluciones que emita en procedimientos seguidos en forma de juicio se deben poner a disposición del público en los respectivos medios electrónicos, de acuerdo con sus facultades, atribuciones, funciones u objeto social, así como el listado de sanciones que determine este Pleno.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Páginas 74 y 75 del ESCRITO DE NESTLÉ.

¹⁹⁵ Publicado en el DOF el diez de mayo de dos mil diecisiete.

¹⁹⁶ Publicada en el DOF el cuatro de mayo de dos mil quince.

¹⁹⁷ Publicada en el DOF el nueve de mayo de dos mil dieciséis.

¹⁹⁸ El artículo 70, fracción XXXVI, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece lo siguiente: *"En la Ley Federal y de las Entidades Federativas se contemplará que los sujetos obligados pongan a disposición del público y mantengan actualizada, en los respectivos medios electrónicos, de acuerdo con sus facultades, atribuciones, funciones u objeto social, según corresponda, la información, por lo menos, de los temas, documentos y políticas que a continuación se señalan: [...] XXXVI. Las resoluciones y laudos que se emitan en procesos o procedimientos seguidos en forma de juicio."* Por su parte, el artículo 68 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública prevé lo siguiente: *"Los sujetos obligados en el ámbito federal deberán cumplir con las obligaciones de transparencia y poner a disposición del público y mantener actualizada, en los respectivos medios electrónicos, de acuerdo con sus facultades, atribuciones, funciones u objeto social, según corresponda, la información, por lo menos, de los temas, Documentos y políticas e información señalados en el Título Quinto de la Ley General."* Asimismo, el artículo 27, fracción II, inciso f, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública prevé lo

QUINTA. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS

En esta sección se analizan las pruebas contenidas en el EXPEDIENTE, tanto los elementos de convicción que dieron sustento al ACUERDO DE INICIO, como las pruebas que fueron admitidas y desahogadas durante este procedimiento.

5.1 Elementos de convicción que sustentan el ACUERDO DE INICIO

5.5.1 Contratos o convenios

En el EXPEDIENTE se encuentran los siguientes contratos o convenios que fueron aportados por LALA y NESTLÉ mediante anexo a los escritos presentados el veintiséis de abril de dos mil dieciocho en desahogo al requerimiento de información DGAJ-CFCE-2018-021 y el veintiséis de junio de dos mil dieciocho en desahogo al requerimiento de información DGAJ-CFCE-2018-045, respectivamente, los cuales obran en idioma inglés y respecto de los cuales también se presentó su traducción al español:

- CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD, [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 199
- COMPRA DE ACTIVOS, [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 200
- CONVENIO DE MODIFICACIÓN, [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED] 201
- LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 202

siguiente: Además de lo señalado en el artículo 68 de esta Ley, los órganos autónomos en el ámbito federal deberán poner a disposición del público y actualizar la siguiente información: [...] II. La Comisión Federal de Competencia Económica: [...] f) El listado de las sanciones que determine el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica [...].

¹⁹⁹ Dicho convenio fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B [REDACTED] B", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 511 a 517 y 1447 a 1453.

²⁰⁰ Dicho contrato fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B [REDACTED]", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 471 a 510, y 1135.

²⁰¹ Dicho convenio fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B [REDACTED]", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 469 y 470 y 1135.

²⁰² Dicho convenio fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B [REDACTED]", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 549 a 617 y 1135.

- CONTRATO DE CESIÓN, [REDACTED] B
[REDACTED] ²⁰³
- LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA, [REDACTED] B
[REDACTED] ²⁰⁴
- LICENCIA PERPETUA DE MARCA, [REDACTED] B
[REDACTED] ²⁰⁵ y
- CONTRATO DE SERVICIOS, [REDACTED] B
[REDACTED] ²⁰⁶

Esta información obra en el EXPEDIENTE en **copia simple o impresión**, por lo que con fundamento en el artículo 121 de la LFCE, en relación con los artículos 93, fracción VII, y 188 del CFPC, se les otorga el valor probatorio descrito en los artículos 197, 207 y 217 del CFPC.

Facturas

Mediante anexo al escrito presentado el veintiséis de junio de dos mil dieciocho, ²⁰⁷ en desahogo al requerimiento de información DGAJ-CFCE-2018-045, NESTLÉ presentó diversas facturas que acreditan el monto pagado por INNOVACIÓN a NESTLÉ por concepto del valor de realización neto del inventario en la fecha de cierre, cuyos datos se identifican a continuación: ²⁰⁸

Factura	Fecha y hora del documento	Descripción	Total (antes de I.V.A.)
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED] B [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED] B [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] B	[REDACTED] B	[REDACTED] B [REDACTED]	[REDACTED]

²⁰³ Dicho contrato se encuentra disponible tanto en idioma inglés como en español en los folios 292 y 1135, en los archivos denominados "[REDACTED] B".

²⁰⁴ Dicho contrato fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 530 a 548 y 1135.

²⁰⁵ Dicho contrato fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 518 a 529 y 1135.

²⁰⁶ Dicho contrato fue presentado en idioma inglés como "[REDACTED] B", en los folios 292 y 1135. Asimismo, su traducción al español se encuentra en los folios 634 a 655 y 1135.

²⁰⁷ Folios 670 a 1220.

²⁰⁸ Folio 1135.

Dichas facturas fueron presentadas en original mediante una unidad de almacenamiento USB,²⁰⁹ por lo que con fundamento en el artículo 121 de la LFCE, en relación con los artículos 93, fracción III, y 133 del CFPC, constituyen **documentales privadas** y, en consecuencia, se les otorga el valor probatorio previsto en los artículos 197, 203, 204, 205, 208, 209 y 210 del CFPC

Asimismo, toda vez que las facturas fueron presentadas mediante una unidad de almacenamiento USB, en términos del artículo 210-A del CFPC, para valorar su fuerza probatoria deberá considerarse: **i)** primordialmente la fiabilidad del método por el que fue generada, comunicada, recibida o archivada; **ii)** si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa; y **iii)** la posibilidad de que la información sea accesible para su ulterior consulta.²¹⁰

²⁰⁹ Véanse las carpetas denominadas “**B**”.

²¹⁰ Al respecto, resultan aplicables los siguientes criterios del PJJ: (i) **“DOCUMENTO ELECTRÓNICO. SI CUENTA CON CADENA ORIGINAL, SELLO O FIRMA DIGITAL QUE GENERE CONVICCIÓN EN CUANTO A SU AUTENTICIDAD, SU EFICACIA PROBATORIA ES PLENA.** De conformidad con el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, constituye un medio de prueba que debe valorarse conforme a las reglas específicas contenidas en el propio precepto y no con base en las reglas generales aplicables a las copias simples de documentos públicos o privados impresos. Así, para establecer la fuerza probatoria de aquella información, conocida como documento electrónico, debe atenderse a la fiabilidad del método en que se generó, comunicó, recibió o archivó y, en su caso, si es posible atribuir su contenido a las personas obligadas e, igualmente, si es accesible para su ulterior consulta. En congruencia con ello, si el documento electrónico, por ejemplo, una factura, cuenta con cadena original, sello o firma digital que genere convicción en cuanto a su autenticidad, su eficacia probatoria es plena y, por ende, queda a cargo de quien lo objete aportar las pruebas necesarias o agotar los medios pertinentes para desvirtuarla”. Registro: 2015428; [TA]; 10ª Época; TCC; SJF; y (ii) **“DOCUMENTO ELECTRÓNICO. SI CUENTA CON CADENA ORIGINAL, SELLO O FIRMA DIGITAL QUE GENERE CONVICCIÓN EN CUANTO A SU AUTENTICIDAD, SU EFICACIA PROBATORIA ES PLENA.** De conformidad con el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, constituye un medio de prueba que debe valorarse conforme a las reglas específicas contenidas en el propio precepto y no con base en las reglas generales aplicables a las copias simples de documentos públicos o privados impresos. Así, para establecer la fuerza probatoria de aquella información, conocida como documento electrónico, debe atenderse a la fiabilidad del método en que se generó, comunicó, recibió o archivó y, en su caso, si es posible atribuir su contenido a las personas obligadas e, igualmente, si es accesible para su ulterior consulta. En congruencia con ello, si el documento electrónico, por ejemplo, una factura, cuenta con cadena original, sello o firma digital que genere convicción en cuanto a su autenticidad, su eficacia probatoria es plena y, por ende, queda a cargo de quien lo objete aportar las pruebas necesarias o agotar los medios pertinentes para desvirtuarla [énfasis añadido]”. Registro: 2015428; [TA]; 10ª Época; TCC; SJF; Tomo IV, octubre 2017; Página: 2434; y **“RECIBOS DE NÓMINA CON SELLO DIGITAL. AUN CUANDO CAREZCAN DE LA FIRMA DEL TRABAJADOR, TIENEN VALOR PROBATORIO EN EL JUICIO LABORAL, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 99, FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.** Las impresiones de los recibos de nómina aportados en el juicio laboral, no pueden valorarse como documentales públicas o privadas si carecen de firma autógrafa para su reconocimiento; sin embargo, deben analizarse en términos del artículo 776, fracción VIII, de la Ley Federal del Trabajo, como aquellos medios aportados por los descubrimientos de la ciencia, tales como documentos digitales o medios electrónicos, donde habrá de atenderse a la fiabilidad del método en que fueron generados, como es la cadena de caracteres generada con motivo de la transacción electrónica, el sello digital o cualquiera que permita autenticar el contenido de dicho documento digital, así como que se encuentre disponible para su ulterior consulta. Por ello, las impresiones de los recibos de nómina, aun cuando carezcan de la firma del trabajador, siempre que cuenten con el sello digital generado, correspondiente a la cadena de caracteres que permite autenticar la operación realizada, tienen valor probatorio en el juicio laboral, conforme al artículo 99, fracción III, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que señala que quienes hagan pagos por salarios y, en general, por la prestación de un servicio personal subordinado, deberán expedir y entregar comprobantes fiscales en la fecha en que se realice la erogación correspondiente, los que podrán utilizarse como constancia o recibo de pago para efectos de los numerales 132, fracciones VII y VIII, y 804, primer párrafo, fracciones II y IV, de la Ley Federal del Trabajo” [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 51, Febrero de 2018; Tomo III; Pág. 1535. XVII.3o.C.T.3 L (10a.).

En cuanto a los documentos privados consistentes en las facturas referidas (señaladas en la sección titulada “Facturas” de este apartado 5.5.1), contienen los sellos digitales y cadena original del comprobante fiscal digital, por lo que existe fiabilidad en el método original, además de que fueron aportadas por NESTLÉ y su contenido y fiabilidad no han sido controvertidos por otros agentes económicos. Además, existe la posibilidad de consultar la información actualmente.

Mediante el escrito presentado el veintiséis de junio de dos mil dieciocho,²¹¹ en desahogo al requerimiento de información DGAJ-CFCE-2018-045, NESTLÉ señaló los términos en los que tuvo lugar la operación, de conformidad con las siguientes manifestaciones:

_____ [...]

[...] B

²¹¹ Folios 670 a 1220.

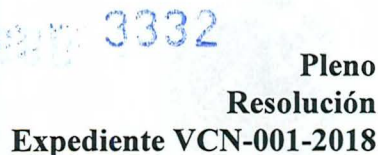
212 Si bien en dicho escrito NESTLE se refiere a LALA tal como quedó acreditado en el expediente de este caso fue INNOVACIÓN quien suscribió los contratos como consta de los mismos.

²¹³ La nota al pie respectiva refiere lo siguiente: “*Monto al 05/06/2018*”.

²¹⁴ Folios 688 y 689.

221 4





5.5.3. Declaración de B

, en términos de lo siguiente.²¹⁶

Adicionalmente, se indica que, respecto de las **documentales privadas, copias simples o impresiones** o **elementos aportados por la ciencia**, éstos constituyen prueba plena de los hechos mencionados en los mismos en cuanto sean contrarios a los intereses de los agentes económicos que los aportaron en el presente procedimiento, de conformidad con el artículo 210 del CFPC.²¹⁷

217 Sirven de apoyo los siguientes criterios judiciales emitidos por el PJF: i) “**COPIAS FOTOSTÁTICAS. HACEN PRUEBA PLENA CONTRA SU OFERENTE.** No es válido negar el carácter de prueba a las copias fotostáticas simples de documentos, puesto que no debe pasar inadvertido que conforme a diversas legislaciones, tales instrumentos admiten ser considerados como medios de convicción. Así el Código Federal de Procedimientos Civiles previene, en su artículo 93, que: ‘La ley reconoce como medios de prueba: ... VII. Las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia...’ El artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece a su vez que para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, el juzgador puede valerse, entre otros elementos probatorios, ‘... de cualquier cosa...’ Dentro de estas disposiciones es admisible considerar comprendidas a las copias fotostáticas simples de documentos, cuya fuerza probatoria mayor o menor, dependerá del caso concreto y de las circunstancias especiales en que aparezcan aportadas al juicio. **De este modo, la copia fotostática simple de un documento hace prueba plena en contra de su oferente, porque cabe considerar que la aportación de tal probanza al juicio lleva implícita la afirmación de que esa copia coincide plenamente con su original.** Esto es así porque las partes aportan pruebas con el objeto de que el juzgador verifique las afirmaciones producidas por aquellas en los escritos que fijan la litis; por tanto, si se aporta determinado medio de convicción, es porque el oferente lo considera adecuado para servir de instrumento de verificación a sus afirmaciones. No es concebible que el oferente presente una prueba para demostrar la veracidad de sus asertos y que, al mismo tiempo, sostenga que tal elemento de convicción, por falso o inauténtico, carece de confiabilidad para acreditar sus aseveraciones. En cambio la propia copia fotostática simple no

Eliminado: ciento cuarenta y cuatro palabras

De esta forma, las pruebas referidas con las que se sustenta el ACUERDO DE INICIO tienen el alcance de acreditar los siguientes hechos:

- Los elementos consistentes en la COMPRA DE ACTIVOS,²¹⁸ las facturas²¹⁹ y las manifestaciones de NESTLÉ²²⁰ tienen el alcance de acreditar que [REDACTED] B

[REDACTED]

tendría plena eficacia probatoria respecto a la contraparte del oferente, porque contra ésta ya no operaría la misma razón y habría que tener en cuenta, además, que ni siquiera tendría la fuerza probatoria que producen los documentos simples, por carecer de uno de los elementos constitutivos de éstos, como es la firma autógrafa de quien lo suscribe y, en este caso, la mayor o menor convicción que produciría, dependería de la fuerza probatoria que proporcionarían otras probanzas que se relacionaran con su autenticidad [énfasis añadido]” Registro: 203516; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F.; III, enero de 1996; Pág. 124; ii) “**COPIAS FOTOSTÁTICAS SIMPLES CUYO CONTENIDO RECONOCE EL QUEJOSO. TIENEN VALOR PROBATORIO PLENO.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en términos de lo dispuesto por el artículo 2o. de la Ley de Amparo, **el valor de las pruebas fotográficas, taquigráficas y de otras cualesquiera aportadas por los descubrimientos de la ciencia, carácter que tienen las copias fotostáticas, por ser reproducciones fotográficas de documentos, quedan al prudente arbitrio del juzgador;** por lo tanto, en ejercicio de dicho arbitrio debe **otorgársele valor probatorio a la documental exhibida por el quejoso en el juicio de amparo, consistente en un escrito que dirigió a la autoridad responsable, si aquél la reconoció como veraz** [énfasis añadido]” Registro: 192,231; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. X; noviembre de 1999; Pág. 970, y iii) “**DOCUMENTOS PÚBLICOS. SU VALOR Y EFICACIA PROBATORIOS EN RELACIÓN CON SU PRESENTANTE.** Si bien es cierto que los documentos públicos tienen valor probatorio pleno, también lo es que ello no necesariamente les otorga alcance o eficacia demostrativa para acreditar el hecho o hechos que se pretenden comprobar, de manera que aunque su valor sea pleno, puede no ser suficiente para crear convicción sobre el punto o cuestiones que están sujetas a prueba. Esto es así, porque un documento público hace fe de la certeza de su contenido, pero si éste pretende desvirtuarse, debe objetarse el documento y probarse la objeción, para así destruir la certeza que recae sobre lo asentado en esa documental. Asimismo, es cierto que **los documentos presentados en juicio por las partes prueban plenamente en su contra, aunque no los reconozcan,** pero esto no implica que no acepten prueba en contrario y que, por tanto, indefectiblemente deba concedérseles plena eficacia demostrativa contra quien los presentó, ya que sus alcances demostrativos quedan a expensas de la ponderación de todo el material probatorio, pudiéndose llegar a la convicción de que aunque inicialmente probaban plenamente en contra de su presentante, al final su contenido quedó desvirtuado total o parcialmente con otras probanzas aportadas al juicio [énfasis añadido]”. Registro: 192,931; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. X, noviembre de 1999; Pág. 970.

²¹⁸ En dicho contrato se pactó que [REDACTED] B [REDACTED] B

²¹⁹ Las facturas número [REDACTED] B [REDACTED] B

²²⁰ Al respecto, NESTLÉ manifestó que [REDACTED] B [REDACTED] B

- Los elementos consistentes en la LICENCIA DE MARCA,²²¹ las manifestaciones de NESTLÉ²²² y la declaración B tienen el alcance de acreditar que B

[REDACTED]

- Los elementos consistentes en el CONTRATO DE CESIÓN²²³ y las manifestaciones de NESTLÉ tienen el alcance de acreditar que B

[REDACTED]

- Los elementos consistentes en la LICENCIA DE PATENTE Y TECNOLOGÍA,²²⁴ las manifestaciones de NESTLÉ y la declaración B tienen el alcance de acreditar que B

[REDACTED]

²²¹ En dicho contrato se pactó que B

²²² Al respecto, NESTLÉ manifestó que B

²²³ En dicho contrato B

²²⁴ En dicho contrato se pactó B

- Los elementos consistentes en la LICENCIA PERPETUA DE MARCA²²⁵ y las manifestaciones de NESTLÉ tienen el alcance de acreditar que [REDACTED] B

5.2 Pruebas admitidas y desahogadas durante el procedimiento

NESTLÉ presentó en su escrito de fecha veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, en respuesta al ACUERDO DE INICIO los siguientes elementos de convicción:

5.2.1 Impresión del aviso de inicio de investigación. NESTLÉ presentó una impresión del aviso de inicio de investigación del expediente IO-004-2016,²²⁶ del que se advierte que la AI publicó en el DOF el diecisiete de enero de dos mil diecisiete el aviso de inicio de la investigación por oficio identificada con el número de expediente IO-004-2016, por la posible realización de una concentración ilícita en el mercado de la producción de leche cruda, así como la producción, distribución y comercialización de leche sometida a un proceso de pasteurización y sus derivados en territorio nacional.

NESTLÉ aportó dicho elemento relacionándolo con *“todas las menciones que en este escrito se hayan realizado respecto al inicio de la investigación de dicho expediente, y en general, con todo lo argumentado en la presente respuesta”*.

5.2.2 Requerimiento de información y documentos. NESTLÉ presentó una copia simple del requerimiento de información y documentos emitido por el Director General de Investigaciones de Mercado, mediante oficio COFECE-AI-DGIM.2016-324²²⁷ de fecha once de noviembre de dos mil dieciséis, del que se advierte que [REDACTED] B

Asimismo, se advierte que esa autoridad considero que [REDACTED] B se encuentra relacionada con los hechos que son materia del procedimiento investigado en el expediente IO-004-2016.

5.2.3 Publicación de la lista diaria de notificaciones de esta COFECE. NESTLÉ presentó una impresión de la publicación de la lista diaria de notificaciones de esta COFECE de veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, de la que se advierte que el veinte de abril de dos mil diecisiete fue publicado en la lista de notificaciones de esta COFECE el acuerdo de cinco de abril de dos mil

²²⁵ En dicho contrato se pactó que [REDACTED] B [REDACTED] B

²²⁶ Folios 2407 y 2408.

²²⁷ Folios 2409 a 2419.

diecisiete, por el cual se tuvo por desahogada la contestación al requerimiento de información y documentos requeridos mediante el oficio COFECE-AI-DGIM-2016-324.

NESTLÉ aportó los elementos 5.2.2 y 5.2.3 con el objeto de “*acreditar la fecha en la que la Autoridad Investigadora tuvo conocimiento de la Operación, así como de los pagos ahí pactados, fecha que fue anterior al inicio del procedimiento en el que se actúa*”.

5.2.4 versiones públicas de resoluciones de esta COFECE. NESTLÉ presentó una copia simple de las resoluciones en los expedientes CNT-035-2012,²²⁸ CNT-075-2012,²²⁹ CNT-008-2015²³⁰ y CNT-118-2016²³¹ dictadas por esta COFECE, mismas que se analizan a continuación:

a. Con relación a la resolución del expediente CNT-035-2012, se desprende que mediante escrito presentado en la oficialía de partes de la COFECE el seis de junio de dos mil doce, Nestlé S.A. y Pfizer Inc., notificaron una concentración. La transacción notificada implicaría la adquisición por parte de Nestlé S.A. de las acciones de PN North America, S de RL de CV; Wyeth Ilaclari, LLC; Wyeth S. de R.L. de C.V. y wyeth Pharmaceuticals, S de R.L. de C.V., subsidiarias mexicanas indirectas de Pfizer Inc. Asimismo, con dicha adquisición Nestlé S.A. sería propietario y tendría los derechos sobre sus productos de vitaminas prenatal y maternal, así como de toda la gama de fórmulas lácteas infantiles de Pfizer Inc., que en México cuenta con las siguientes marcas y productos: SMA Gold S-26, Progress Gold, SMA Gold Transición, SMA AR Gold, Nursoy Gold, SMA sin lactosa Gold, SMA HA Gold y SMA Comfort Gold.

La COFECE no autorizó la concentración notificada por Nestlé S.A y Pfizer Inc. toda vez que advirtió que la transacción imponía riesgos reales y considerables a la competencia y libre concurrencia.

b. Con relación a la resolución del expediente CNT-075-2012, se desprende que mediante escrito presentado en la oficialía de partes de la COFECE, por medio del cual Aspen Labs, S.A. de C.V. y Nestlé, S.A. notificaron su intención de realizar una concentración. La operación notificada por Nestlé, S.A. y los demás agentes económicos consistió en la adquisición por parte de un grupo de empresas, denominadas en su conjunto “*Grupo Aspen*”, del negocio de fórmulas lácteas infantiles de Pfizer, Inc., en México a través de las sociedades Aspen Global Inc. y sus subsidiarias Aspen Labs, Solara, S.A. de C.V. y Aspen Pharma Mexicana, S. de R.L. de C.V. La COFECE autorizó la concentración notificada.

c. Con relación a la resolución del expediente CNT-008-2015, se desprende que el diecinueve de enero de dos mil quince, Alimentos Benefits, S.A. de C.V., NESTLÉ, SDEP y NESTEC, notificaron a la COFECE su intención de realizar una concentración. La operación notificada consistió en la adquisición por parte de Alimentos Benefits, S.A. de C.V., de los activos propiedad de Nestlé, utilizados para la producción, distribución y comercialización de helados, paletas y sándwiches

²²⁸ Folios 2423 a 2514.

²²⁹ Folios 2515 a 2517.

²³⁰ Folios 2518 a 2520.

²³¹ Folios 2521 a 2524.

congelados, así como las licencias necesarias para la explotación de los derechos de propiedad intelectual relacionados con estas actividades.

Este Pleno autorizó la realización de la concentración notificada por Alimentos Benefits S.A. de C.V., NESTLÉ, SDEP y NESTEC en los términos en que fue presentada.

d. Con relación a la resolución del expediente CNT-118-2016, se desprende que el diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, SDEP, Marcas Nestlé, S.A. de C.V. y Comercializadora Eloro S.A. notificaron a la COFECE su intención de realizar una concentración. El objeto de la operación consistió en la adquisición de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el producto Kermanto, bebida saborizada no alcohólica, sin gas, compuesta de agua, azúcares, jugo de tomate, polvo de almeja y/o saborizante natural de mariscos, sal, vinagre, cebolla y ajo en polvo.

Este Pleno autorizó la realización de la concentración notificada por SDEP, Marcas Nestlé S.A. de C.V. y Comercializadora Eloro S.A. en los términos en que fue presentada.

NESTLÉ aportó dichos elementos con el objeto de “*comprobar que Nestlé ha cumplido con la obligación de notificar diversas concentraciones cuando del análisis previo a celebrarse la Operación se determina que éstas rebasan los umbrales correspondientes. Es decir, mediante estas documentales se demuestra que Nestlé tiene un alto compromiso con el cumplimiento de la ley de competencia económica y siempre procura que esta Comisión pueda desarrollar su facultad prevista constitucionalmente*”.²³²

La información referida en los numerales 5.2.1 a 5.2.4 obra en el EXPEDIENTE en **copia simple o impresión**, por lo que con fundamento en el artículo 121 de la LFCE, en relación con los artículos 93, fracción VII, y 188 del CFPC, se les otorga el valor probatorio descrito en los artículos 197, 207 y 217 del CFPC.

Asimismo, en términos del artículo 88 del CFPC, es un **hecho notorio** para esta autoridad el contenido de los documentos referidos en los numerales 5.2.1, 5.2.3 y 5.2.4, puesto que se tratan de documentos emitidos por esta autoridad y que se encuentran en la página de Internet de esta COFECE, por lo que la demostración de su contenido no requiere mayor discusión ni debate y, por tanto, hacen prueba plena únicamente respecto de que la información contenida en dichos documentos o en las páginas de Internet está publicada en determinados términos.²³³

²³² Página 78.

²³³ Al respecto, resultan aplicables, por analogía, las siguientes tesis: “**HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR.** Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de disseminación y obtención de datos denominada ‘internet’, del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular”. Jurisprudencia XX.2º. J/24.; 9ª. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, enero de 2009; Pág. 2470, Registro No. 168 124 y “**PÁGINAS WEB O ELECTRÓNICAS. SU CONTENIDO ES UN**”

De esta forma, las pruebas referidas tienen el alcance de acreditar de manera plena los siguientes hechos:

- La impresión del aviso de inicio de investigación del expediente IO-004-2016, tiene el alcance de probar que la AI publicó en el DOF el diecisiete de enero de dos mil diecisiete el aviso de inicio de la investigación por oficio identificada con el número de expediente IO-004-2016, por la posible realización de una concentración ilícita en el mercado de la producción de leche cruda, así como la producción, distribución y comercialización de leche sometida a un proceso de pasteurización y sus derivados en territorio nacional.
- La copia simple del oficio COFECE-AI-DGIM.2016-324 y la impresión de la publicación de la lista diaria de notificaciones de esta COFECE de veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, tienen los alcances de probar que el entonces Director General de Investigaciones de Mercado emitió el oficio COFECE-AI-DGIM-2016-224 el once de noviembre de dos mil dieciséis, y que se consideró que NESTLÉ se encontraba relacionada con los hechos que son materia del procedimiento investigado en el expediente IO-004-2016 y que se tuvo por desahogado dicho requerimiento.
- Las copias simples de las resoluciones en los expedientes CNT-035-2012, CNT-075-2012, CNT-008-2015 y CNT-118-2016 dictadas por esta COFECE, tienen los alcances de probar que Nestlé, S.A., NESTLÉ, SDEP y NESTEC, han acudido a esta COFECE a notificar su intención de realizar las concentraciones a que se hace referencia en dichos expedientes mismos que fueron exhibidos ante esta Comisión por NESTLÉ.

Con independencia de lo anterior, se señala a los oferentes de las pruebas antes analizadas que los elementos aportados no son suficientes para desvirtuar las consideraciones del ACUERDO DE INICIO, específicamente respecto a la omisión de NESTLÉ, NESTEC, SDEP e INNOVACIÓN en notificar a esta COFECE la operación analizada, en términos de los artículos 20 de la LFCE 2012 y 18, fracción IV y 19 del RLFCE.

5.2.5 Pruebas periciales

5.2.5.1 Dictamen pericial en materia actuarial a cargo del PERITO 1

HECHO NOTORIO Y SUSCEPTIBLE DE SER VALORADO EN UNA DECISIÓN JUDICIAL. Los datos publicados en documentos o páginas situados en redes informáticas constituyen un hecho notorio por formar parte del conocimiento público a través de tales medios al momento en que se dicta una resolución judicial, de conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles. El acceso al uso de Internet para buscar información sobre la existencia de personas morales, establecimientos mercantiles, domicilios y en general cualquier dato publicado en redes informáticas, forma parte de la cultura normal de sectores específicos de la sociedad dependiendo del tipo de información de que se trate. De ahí que, si bien no es posible afirmar que esa información se encuentra al alcance de todos los sectores de la sociedad, lo cierto es que si es posible determinar si por el tipo de datos un hecho forma parte de la cultura normal de un sector de la sociedad y pueda ser considerado como notorio por el juzgador y, consecuentemente, valorado en una decisión judicial, por tratarse de un dato u opinión común indiscutible, no por el número de personas que conocen ese hecho, sino por la notoriedad, accesibilidad, aceptación e imparcialidad de este conocimiento. Por tanto, el contenido de una página de Internet que refleja hechos propios de una de las partes en cualquier juicio, puede ser tomado como prueba plena, a menos que haya una en contrario que no fue creada por orden del interesado, ya que se le reputará autor y podrá perjudicarle lo que ofrezca en sus términos.” Tesis aislada I.3o.C.35 K (10ª.); 10ª. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, noviembre de 2013; Pág. 1373; Registro No. 2 004 949.

1. Explique el PERITO 1 si considera apropiado comparar los umbrales monetarios establecidos en la fracción I del artículo 20 de la LFCE prevalecientes el quince de agosto de dos mil trece, con la suma de los posibles flujos nominales de efectivo establecidos en la LICENCIA DE MARCA.

R.- No considero apropiado comparar los umbrales monetarios establecidos en la fracción I del artículo 20 de la LFCE prevalecientes el quince de agosto de dos mil trece, con la suma de los posibles flujos nominales de efectivo establecidos en la LICENCIA DE MARCA, ya que la suma de los flujos nominales de efectivo no toma en consideración tanto el costo de oportunidad y la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo, así como el riesgo financiero implícito en la recepción de flujos en distintos momentos del tiempo. En este caso, los flujos nominales de efectivo no constituyen una inversión sino B. Sin embargo, para fines de valuación la metodología debe ser la misma que en el caso de inversiones: el licenciamiento es el otorgamiento de un derecho de uso de una o un conjunto de marcas a cambio de un conjunto de flujos futuros. Dicho valor debe considerar el valor del dinero en el tiempo de la misma manera que se hace en una inversión.

El costo de oportunidad del dinero se refiere a la posibilidad de utilizar recursos financieros en una gran cantidad de alternativas con rendimientos y riesgos distintos, entre las que una de las más deficientes, ciertamente, sería dejar el dinero inmóvil como sugeriría la suma lineal de los flujos nominales de efectivo.

El poder adquisitivo del dinero se refiere a los bienes y servicios que pueden ser comprados con una cantidad fija de dinero. El principal componente que afecta el poder adquisitivo de una moneda es la inflación, la cual el Banco de México define como *"el aumento sostenido y generalizado de los precios de los bienes y servicios de una economía a lo largo del tiempo"*.

El riesgo financiero se refiere a la incertidumbre producida en el rendimiento de una inversión o, en este caso, el riesgo financiero que se refiere al pago de los flujos nominales de efectivo establecidos en la LICENCIA DE MARCA a cambio del uso de las mismas. La incertidumbre proviene de la posibilidad de que LA LICENCIA DE MARCA no sea ejecutada en los términos previstos, y pueda darse alguna situación que afecte los flujos efectivamente devengados.

En el caso que se decidiera tomar en cuenta cualquiera de los tres conceptos mencionados anteriormente, los flujos nominales de efectivo deberían de ser descontados a una tasa determinada, que nos daría una cuantificación más adecuada del valor de los flujos futuros, en el momento en que se firmó la LICENCIA DE MARCA.

El valor de la LICENCIA DE MARCA para las partes debe ser establecido mediante la metodología de Valor Presente Neto, misma que se explica a detalle en las respuestas a las preguntas 4 y 5 del presente cuestionario. Dicha metodología utiliza una tasa de descuento la cual debe de reflejar los riesgos intrínsecos a la LICENCIA DE MARCA. El

Eliminado: seis palabras

concepto de tasa de descuento se explica más a detalle en la respuesta a la pregunta 6 del presente cuestionario.

El PERITO 1 señala que, desde el punto de vista actuarial, no sería apropiado comparar los umbrales de la LFCE 2012 con la suma de los flujos nominales de efectivo, ya que no se toma en consideración el costo de oportunidad, la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo y el riesgo financiero implícito en la recepción de flujos en distintos momentos del tiempo. Si bien, actuarialmente lo señalado por el PERITO 1 tiene sentido, puesto que permite evaluar la rentabilidad del proyecto de inversión, utilizando el flujo de efectivo futuro que se descuenta por el costo de capital, la normativa vigente en materia de competencia económica no especifica que se deba considerar el valor presente neto o algún otro cálculo para determinar los umbrales de notificación de concentraciones. Se remite también a lo ya señalado en los apartados “4.4.1” y “4.4.5” de la presente resolución.

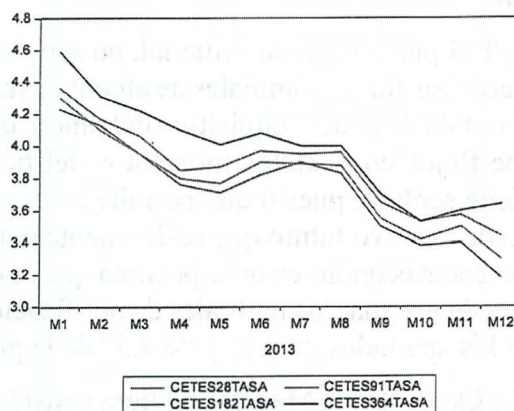
Además, se considera que la LICENCIA DE MARCA pudiera considerar el efecto del tiempo sobre el dinero, ya que anualmente **B** con respecto al **B** del año anterior, que es consistente con la meta inflacionaria de largo plazo del Banco de México. Es decir, el monto mínimo de la operación, que era conocido por las partes involucradas desde la firma de la LICENCIA DE MARCA, ya consideraba el efecto del tiempo sobre el monto de la operación a lo largo de **B** superaría los umbrales de la LFCE 2012.

2. Diga el PERITO 1 qué problema o problemas en su caso genera considerar la posible suma de flujos nominales de efectivo durante un periodo como el valor de un contrato al momento de su entrada en vigor.

R.- Considerar el valor de un contrato al momento de su entrada en vigor como la suma de los flujos nominales de efectivo durante el plazo de dicho contrato resulta en una pérdida financiera directa. Por ejemplo, en el mes de agosto de dos mil trece se podían invertir recursos a un año en Certificados de la Tesorería de la Federación (“Cetes”), que son valores “sin riesgo” emitidos por el Gobierno Federal, al 4.0% (-cuatro por ciento-, ver Gráfica 1). Esto quiere decir que para tener un flujo de \$100 (cien pesos) un año después, se podrían invertir solamente \$96.15 (noventa y seis pesos 15/100) en ese momento y con ello sumar la utilidad para llegar a esos \$100 (cien pesos).

Ahora bien, si se invirtiesen \$96.15 (noventa y seis pesos 15/100) para recuperar los mismos \$96.15 (noventa y seis pesos 15/100) un año después, se estarían perdiendo \$3.85 (tres pesos 85/100), que es el rendimiento anual equivalente al 4.0% (cuatro por ciento) que generarían los \$96.15 (noventa y seis pesos 15/100) invertidos en Cetes a 364 (trescientos sesenta y cuatro) días o un año, sin riesgo de recuperación y a corto plazo. Es decir, al invertir \$96.15 (noventa y seis pesos 15/100) en Cetes, se le está “prestando” dinero al Gobierno Federal a cambio de una utilidad (misma que se puede considerar como la utilidad mínima para cualquier inversión), por lo cual, si se recibe la misma cantidad que se invirtió, se considera una pérdida ya que existía otra opción de obtener dicha utilidad sin correr riesgo alguno.

Gráfica 1: Tasas de Cetes a 28, 91, 182 y 364 días²

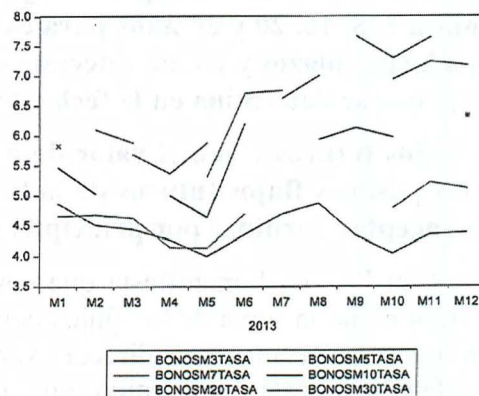


La Gráfica 1, muestra las tasas anuales en puntos porcentuales reportadas por Banxico de Cetes a 28, 91, 182 y 364 días para cada mes del año dos mil trece. Los Cetes los define Banxico como "títulos de crédito al portador emitidos por el Gobierno Federal desde 1978, en los cuales se consigna la obligación de éste a pagar su valor nominal al vencimiento".

Este instrumento capta recursos de personas físicas y morales; se coloca a través de las casas de bolsa a una tasa de descuento y tiene el respaldo del Banco de México en su calidad de agente financiero del Gobierno Federal; es por esto que se considera "libre de riesgo", lo cual quiere decir que representa el riesgo de incumplimiento más bajo en el país.

De igual forma, tomando el mínimo riesgo financiero en mayor plazo en valores gubernamentales como los Bonos M (se considera un riesgo mínimo debido a que estos valores también son respaldados por el Banco de México), sin riesgo de crédito, se podían obtener en agosto de dos mil trece tasas de 3.9% (tres punto nueve por ciento) a tres años, de 5.9% (cinco punto nueve por ciento) a diez años y de 7.0% (siete por ciento) a veinte años (ver Gráfica 2). Se incurriría en pérdidas anuales en estas tasas en caso de no recibir flujos de intereses como sugiere la suma lineal de flujos. Lo anterior como se explica a continuación:

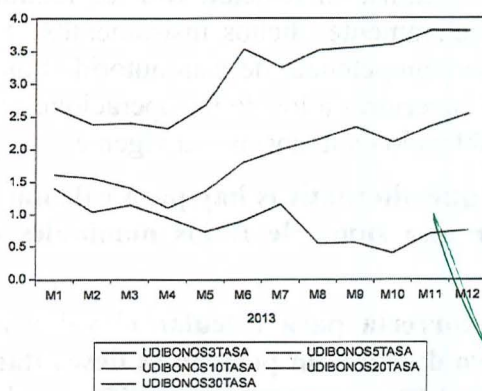
Gráfica 2: Tasas de Bonos M a 3, 5, 7, 10, 20 y 30 años⁴



La Gráfica 2, muestra las tasas anuales en puntos porcentuales reportadas por Banxico de Bonos M a 3, 5, 7, 10, 20 y 30 años para los meses en los que hubo colocaciones del año dos mil trece. Los Bonos de Desarrollo del Gobierno Federal con Tasa de Interés Fija (Bonos M) son la familia de valores gubernamentales que se encuentran a disposición del público inversionista. Estos instrumentos son emitidos y colocados a plazos mayores a un año, pagan intereses cada seis meses y, la tasa de interés se determina en la emisión del instrumento y se mantiene fija a lo largo de toda la vida de éste.

Ahora bien, como se señaló en la respuesta anterior, estas inversiones tendrían riesgo de perder parte del poder adquisitivo (por factores como por ejemplo la inflación) que otorgan las tasas de rendimiento, pero también se podrían haber invertido dichos recursos en Udibonos, que pagan la inflación más una tasa real y que en agosto de 2013 se podían tomar a tasas reales de 0.6% (punto seis por ciento) a tres años, 2.2% (dos punto dos por ciento) a cinco años y 3.5% (tres punto cinco por ciento) a diez años (ver Gráfica 3).

Gráfica 3: Tasas de Udibonos a 3, 5, 10, 20 y 30 años⁷



La Gráfica 3, muestra las tasas anuales en porcentaje reportadas por Banco de México (Banxico) de Udibonos a 3, 5, 10, 20 y 30 años para cada mes del año dos mil trece. Los Udibonos se colocan a largos plazos y pagan intereses cada seis meses en función de una tasa de interés real fija que se determina en la fecha de emisión del título.

Aceptar la suma de flujos futuros como el valor de una inversión, o equivalentemente aceptar la suma de los posibles flujos futuros de la LICENCIA DE MARCA como el valor del mismo, implicaría aceptar pérdidas por principio. No es lo correcto.

En su respuesta al numeral 2, el PERITO 1 manifiesta que considerar el valor de un contrato al momento de su entrada en vigor como la suma de los flujos nominales de efectivo durante el plazo de dicho contrato resulta en una pérdida financiera directa. Al respecto, determinar si la operación generó una ganancia o pérdida a los agentes económicos en ella involucrados es ajena al mandato constitucional de la COFECE que, únicamente mediante el uso de criterios objetivos que son los umbrales establecidos en la LFCE 2012 tiene la obligación de evaluar ciertas operaciones que, por su valor, tienen que ser notificadas para que la autoridad analice los efectos para el proceso de competencia y libre concurrencia. De tal forma, la determinación de si una operación genera ganancias o pérdidas a los agentes económicos no guarda relación con la LFCE 2012 ni su reglamento, menos aún con el objeto del procedimiento de análisis de concentraciones.

Los umbrales establecidos en la LFCE 2012 son un filtro para que la COFECE analice diversas operaciones (y no el total de operaciones que se llevan a cabo en un año en México) que, dada su magnitud, podrían tener mayor probabilidad de generar efectos anticompetitivos, o que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia económica o la libre concurrencia, regla que no es absoluta, toda vez que aquellas que no rebasen los umbrales también pueden ser investigadas por generar efectos anticompetitivos. En consecuencia, los umbrales establecidos en la LFCE 2012 tampoco guardan relación con el hecho de si el monto de una operación pudiese generarle a un agente económico un mejor rendimiento al destinarlo a otro proyecto. Dicho análisis corresponde al agente económico y es totalmente ajeno a las atribuciones que la LFCE 2012 confería a la autoridad de competencia.

El análisis que el PERITO 1 realiza en relación con los rendimientos de los Cetes, Bonos M y Udibonos muestra que, efectivamente, dichos instrumentos otorgan rendimientos a lo largo del tiempo. Sin embargo, no es competencia de esta autoridad analizar si los rendimientos de esos instrumentos son iguales o superiores a los de las operaciones que se notifican ante esta COFECE de conformidad con lo establecido en la normativa vigente.

3. Diga el PERITO 1 qué alternativas hay para calcular el valor presente de un contrato que podría generar una suma de flujos nominales de efectivo durante un periodo determinado.

R.- La alternativa correcta para calcular el valor presente de una suma de flujos nominales de efectivo durante un periodo es descontar los flujos futuros a una tasa de descuento determinada para que se cuantifique, desde ese momento, el costo de oportunidad y el poder adquisitivo de cada flujo a la fecha determinada sea comparable. Asimismo, dicha tasa debe de representar el riesgo que implica asumir los términos de

la LICENCIA DE MARCA y de recibir los flujos nominales de efectivo esperados. Lo relevante para obtener el valor adecuado es el tamaño de la tasa que habría que considerar para descontar los flujos según el riesgo que representen en las tres direcciones señaladas, a saber: a) costo de oportunidad, b) pérdida de valor adquisitivo y c) riesgo del proyecto. El riesgo del proyecto se determina en función de la probabilidad de obtener efectivamente los flujos esperados o, en contraparte, de la probabilidad de impago o de que no se reciban los flujos. En el caso específico, pueden haber otros riesgos, por ejemplo los asociados a posibles afectaciones al desempeño de las marcas durante el periodo de licenciamiento.

En su respuesta al numeral 3, el PERITO 1 señala que, desde el punto de vista actuarial, la alternativa correcta para calcular el valor presente de una suma de flujos nominales de efectivo es descontar dichos flujos a una tasa de descuento determinada. Sin embargo, como ya se ha señalado, ni la LFCE 2012 ni su reglamento establecían que debían seguirse criterios actuariales para determinar el monto de una operación ni que dicho monto tuviera que ser actualizado mediante el Valor Presente Neto y una tasa de descuento.

4. Diga el PERITO 1 si el Valor Presente Neto de una suma futura es una medida que representa de manera adecuada el valor presente del dinero que será recibido durante un periodo determinado.

R.- Sí es una representación adecuada, ya que se está sumando el poder adquisitivo de los flujos futuros a la misma fecha, siempre que se seleccione la tasa de descuento adecuada a las características de los flujos, en función de su riesgo. Adicionalmente, al ajustar los flujos futuros con la metodología del Valor Presente Neto, se están reconociendo los riesgos que conlleva el licenciamiento de las marcas. Por otro lado, el Valor Presente Neto de la suma futura permite comparar en un momento determinado cualquier serie de flujos futuros con el objetivo de discernir la rentabilidad de cada uno independientemente del plazo asociado. La rentabilidad de un proyecto, en términos absolutos, es la tasa de descuento utilizada para obtener el valor presente del proyecto descontando los flujos. También se puede entender la rentabilidad en términos relativos como el excedente de rentabilidad de un proyecto sobre otro, o el exceso en la tasa para obtener los correspondientes valores presentes de ambos descontando sus flujos.

5. Explique el Perito la fórmula y de qué manera se realiza el cálculo del Valor Presente Neto de una suma futura.

R.- La fórmula utilizada para calcular el Valor Presente Neto (VPN) es la sumatoria de los flujos futuros descontados a una tasa de descuento determinada, es decir:

$$VPN = \sum_{t=1}^n \frac{V_t}{(1+i)^t}$$

Donde:

V_t es el valor nominal del flujo del periodo "t"

i es la tasa de descuento determinada para el proyecto, constante a través de los n periodos para tener un rendimiento uniforme en el tiempo

n es el número de periodos

Esta fórmula es comúnmente utilizada y es la aceptada en el sector financiero, y de hecho es la única fórmula utilizada mundialmente para calcular el Valor Presente Neto.

En su respuesta a los numerales 4 y 5, el PERITO 1 señala que el Valor Presente Neto es una medida que representa, de manera adecuada, el valor presente de una cantidad que será recibida a través del tiempo, siempre que se seleccione la tasa de descuento apropiada y presenta una fórmula para calcular ese Valor Presente Neto. La información presentada por el Perito 1 pudiera ser correcta, sin embargo, como se ha señalado, la normativa en materia de competencia vigente en dos mil trece, no preveía que el cálculo del monto de una operación, ni siquiera de aquellas que incluyeran pagos a realizarse en el tiempo, debiera sumar el poder adquisitivo de los flujos futuros a una misma fecha.

En este sentido, si bien como señala el PERITO 1 la determinación del Valor Presente Neto se realiza mediante una fórmula aceptada mundialmente en los ámbitos actuariales y financiero, él mismo reconoce que aplicar una tasa de descuento permite tomar en consideración el riesgo que implica una operación. Sin embargo, como se analizará más adelante, la falta de un método preciso y generalmente aceptado para calcular el riesgo de una operación dificulta asignar un valor objetivo a dicho riesgo, lo cual modifica el valor de la tasa de descuento y, en consecuencia, del Valor Presente Neto que se obtiene al aplicar la fórmula.

6. Explique el PERITO 1 qué es la tasa de descuento.

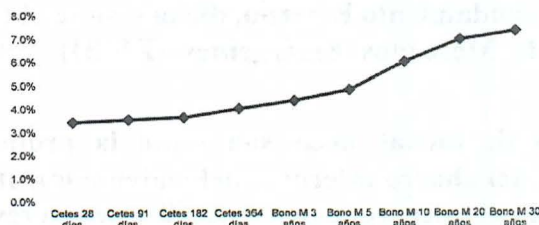
La tasa de descuento es el rendimiento constante a través del tiempo que se aplica para determinar el valor actual de flujos futuros. Dicha tasa debe ser coherente con el riesgo para evaluar distintos proyectos de inversión, a posibles diferentes plazos. A través de la tasa de descuento se puede determinar, utilizando la metodología de Valor Presente Neto (descrita anteriormente), la rentabilidad del proyecto a evaluar. Por ejemplo, si un proyecto se estuviese haciendo a un plazo de [REDACTED] B, la tasa nominal en Bonos M en agosto de 2013 era de 7.0%, considerada la "tasa libre de riesgo" a dicho plazo. Cualquier riesgo distinto en México que se tomase a este plazo de [REDACTED] B en los flujos a recibir debería ser premiado con una sobretasa por encima de ésta. El plazo del proyecto es, en sí mismo, un elemento de riesgo. Por eso, salvo por periodos cortos de incertidumbre en el ambiente económico y financiero, un proyecto con mayor plazo de duración conlleva un mayor rendimiento o tasa de descuento.

El mercado marca una curva que relaciona riesgo y rendimiento, y que se suele denominar la frontera eficiente de riesgo. Esta curva tiene, para cada nivel de riesgo, el rendimiento mínimo que debería obtenerse. Equivalentemente, para cada nivel de rendimiento, marca el máximo nivel de riesgo que se debería tomar. La curva riesgo-rendimiento tiene pendiente positiva: a mayor riesgo, mayor rendimiento. Por ejemplo, en las inversiones en valores gubernamentales en la pregunta 2, el riesgo es el mismo con respecto a la probabilidad de cumplimiento, la llamada "tasa libre de riesgo", y la

Eliminado: diez palabras

diferencia en riesgo corresponde únicamente a la diferencia en plazo: a mayor plazo mayor riesgo. Esta es la curva de rendimiento más baja en nuestro país en relación al riesgo representado por el plazo de la inversión, y para agosto de 2013 se veía como en la siguiente gráfica.

Gráfica 4: Tasas de inversiones sin riesgo según el plazo⁹



Las tasas anuales mostradas en la Gráfica 4, son las reportadas por Banxico en agosto de 2013 o el valor disponible más cercano, según el caso.

7. Explique el PERITO 1 qué es la Tasa Social de Descuento.

R.- La Tasa Social de Descuento es un concepto introducido por Arnold Harberger en 1972 buscando el nivel mínimo de rentabilidad que un proyecto social debiera de obtener para considerarse económicamente viable, es decir, representa el costo de oportunidad del capital para inversiones llevadas a cabo con recursos públicos.

Así lo reconoce la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y establece este concepto como el relevante para definir el rendimiento mínimo que deberían obtener las inversiones productivas hechas por el Gobierno.

El Artículo 34 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establece que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la evaluación costo y beneficio de los programas y proyectos de inversión a su cargo, en donde demuestren que dichos programas y proyectos son susceptibles de generar, en cada caso, un beneficio social neto bajo supuestos razonables. Conforme a los Lineamientos para la Elaboración y Presentación de los Análisis Costo y Beneficio de los Programas y Proyectos de Inversión, dicho análisis, debe contener los siguientes indicadores de rentabilidad: (i) Valor Presente Neto, (ii) Tasa Interna de Retorno y (iii) Tasa de Rendimiento Inmediata, donde la tasa utilizada para calcular el Valor Presente Neto es la Tasa Social de Descuento.

8. Explique el PERITO 1 la metodología propuesta por la Unidad de Inversiones de la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para el cálculo de la Tasa Social de Descuento.

R.- Se utiliza la metodología desarrollada por Harberger con la consultoría y apoyo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, la cual consiste en ponderar las siguientes tres tasas:

- i. Tasa de Retorno Bruta del Capital Privado, dicha tasa se define como la razón de los ingresos del capital después de impuestos a el capital social producible, los datos se obtienen de las Cuentas Nacionales;
- ii. Tasa de Retorno Neta del Ahorro Interno, dicha tasa se obtiene al promediar las tasas de los bonos del gobierno a largo plazo y;
- iii. Tasa de Endeudamiento Externo, dicha tasa se obtiene de los datos del Indicador de Bonos de Mercados Emergentes (EMBI) publicados por la empresa J.P. Margan.

Los ponderadores de dichas tasas son tanto la proporción correspondiente de la inversión privada, del ahorro interno y del endeudamiento externo con respecto al PIB como la elasticidad de los componentes a la tasa de interés.

En su respuesta a los numerales 6 a 8, el PERITO 1 define los conceptos de: (i) tasa de descuento, que es el rendimiento constante a través del tiempo que se aplicará para determinar el valor actual de flujos futuros, y (ii) la tasa social de descuento que es un concepto que hace referencia al nivel mínimo de rentabilidad que un proyecto social debería de obtener para considerarse económicamente viable. Asimismo, el PERITO 1 desarrolla la metodología propuesta por la Unidad de Inversiones de la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para calcular la tasa social de descuento. Finalmente, el PERITO 1 señala que, a mayor plazo, se obtiene un mayor rendimiento.

Los argumentos desarrollados por el PERITO 1 son consistentes con la práctica actuarial, pero, como se ha señalado, ni la LFCE 2012 ni su reglamento hacen referencia a que, para determinar los umbrales del artículo 20 de la Ley, se deba tomar en consideración alguna tasa de descuento. Asimismo, en todo caso, esta autoridad considera que la LICENCIA DE MARCA B

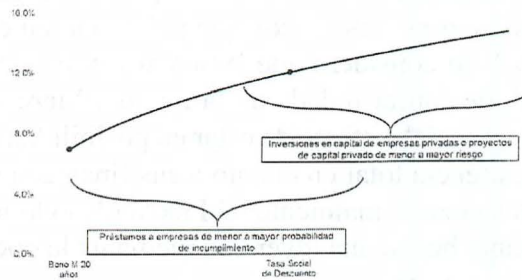
Eliminado: treinta y cuatro palabras

9. Diga el PERITO 1 si la Tasa Social de Descuento instruida por la Unidad de Inversiones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la evaluación socioeconómica de programas y proyectos de inversión resulta un indicador aceptable para calcular el Valor Presente Neto de la probable suma futura de flujos nominales de efectivo establecidos en la LICENCIA DE MARCA.

R.- Sí podría ser un indicador aceptable del rendimiento mínimo *minimorum* puesto que esta tasa es la que debería considerar el Gobierno como el mínimo para hacer inversiones y hay que recordar que, al ser considerado como mínimo de riesgo en el país, el Gobierno goza del mínimo costo de fondeo. Dentro de cada plazo, se pueden tomar riesgos mayores que prestarle al Gobierno a través de sus emisiones de valores, según se expuso en la pregunta 6, se puede sustentar que para riesgos de 20 años solamente, la curva que nos indique cómo la tasa de rendimiento debería incrementarse al incrementarse el riesgo, como se muestra en la siguiente figura para diferentes riesgos dentro del mismo plazo de 20 años, con la tasa de valores gubernamentales y la Tasa Social de Descuento prevalecientes en agosto de 2013. Notemos que, en el caso del Gobierno, la diferencia

entre su tasa de fondeo a este plazo y la tasa mínima que espera recibir es de al menos 5 puntos porcentuales. En el caso de proyectos privados de capital, ciertamente, la tasa debería ser considerablemente mayor.

Gráfica 5: Tasas de rendimiento de inversiones a 20 años



La Gráfica 5 muestra los rangos de rendimiento de inversiones a 20 años dependiendo del riesgo asociado a las mismas.

En el caso específico de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED]

B

[REDACTED] Se deben de valorar los flujos futuros esperados utilizando una tasa que represente de manera adecuada los riesgos asociados a desviaciones en el cumplimiento de la LICENCIA DE MARCA. Los riesgos dependen de muchos factores, entre ellos que B

[REDACTED] Hay que considerar, como se verá en la pregunta 11, que la LICENCIA DE MARCA B

En su respuesta al numeral 9, el PERITO 1 manifiesta que la Tasa Social de Descuento podría ser un indicador aceptable del rendimiento mínimo y señala nuevamente que a mayor plazo se observa un mayor rendimiento. Asimismo, señala que NESTLÉ al licenciar sus marcas está sacrificando el uso de sus recursos de capital y flujos propios por un periodo de veinte años.

En este sentido, el PERITO 1 señala que el cálculo del Valor Presente Neto mediante el uso de la Tasa Social de Descuento podría arrojar un valor que NESTLÉ podría haber tomado como referencia para determinar si el monto pactado con INNOVACIÓN le resultaba financieramente conveniente. Sin embargo, la determinación de si el monto acordado de la operación resultaba financieramente rentable para NESTLÉ o no no guarda relación con la obligación de notificar la concentración en términos de cualquiera de las fracciones del artículo 20 de la LFCE 2012.

Como se ha señalado, el objeto de los umbrales previstos en ese ordenamiento no es determinar si una operación es o no rentable para los agentes económicos en ella involucrados sino establecer qué operaciones deben ser analizadas por los efectos que podrían tener sobre el proceso de competencia y libre concurrencia. En ese sentido, la rentabilidad o el Valor Presente Neto de una operación no

son relevantes para determinar si una operación debe ser notificada. Para ello, únicamente debe considerarse los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE 2012 que precisamente, al no buscar determinar si la operación era rentable o no, no prevén el uso de una tasa de descuento. Por otro lado, el PERITO 1 es completamente omiso en señalar cuáles son los riesgos que percibe en relación con la LICENCIA DE MARCA. Si bien el PERITO 1 señala que los riesgos dependen de muchos factores, no analiza cuáles serían los factores específicos que aplicarían en este caso. De manera específica, se considera que el PERITO 1 no considera que INNOVACIÓN es subsidiaria de LALA, una empresa que cotiza en bolsa (lo cual, de conformidad con la Ley del Mercado de Valores implica que debe alcanzar un mínimo de capital social a efecto de estar en posibilidad de hacer frente a sus acreedores, además de que existe transparencia total en cuanto a sus finanzas) y que tiene experiencia probada en el mercado de productos lácteos. Finalmente, el PERITO 1 no toma en consideración que LALA, a través de INNOVACIÓN, al haber hecho una inversión mediante la operación, tiene los incentivos para asegurarse de que la misma sea exitosa.

10. Diga el PERITO 1 si es razonable aplicar la Tasa Social de Descuento de 12% (doce por ciento) prevaleciente en dos mil trece al momento de la firma de la LICENCIA DE MARCA, para calcular el Valor Presente Neto de la probable suma futura de flujos nominales de efectivo del contrato.

R.- Sí podría ser razonable, pero solamente como un valor mínimo en un extremo sumamente conservador.

[REDACTED]

11. Diga el PERITO 1 si considera que en el contexto de un contrato como la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED], **sería razonable emplear una tasa de descuento superior a la Tasa Social de Descuento.**

Sería correcto y más realista utilizar una tasa de descuento superior a la Tasa Social de Descuento ya que la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] **que el considerado en la Tasa Social de Descuento. Es por este riesgo que la Tasa Social de Descuento debe de complementarse con una probabilidad de incumplimiento.**

Tomando en consideración que el subinciso (c) del inciso 11.1 del artículo 11 de la LICENCIA DE MARCA [REDACTED]

[REDACTED]

Eliminado: ciento setenta palabras

ARJ 4

Uuy

B con el subinciso (c) del inciso 11.1 del artículo 11 de la LICENCIA DE MARCA.

Al tomar en consideración lo anterior, se puede proponer una probabilidad de incumplimiento de al menos entre el **B** resultando en el siguiente rango conservador para la tasa de descuento a utilizar:

Tabla 1: Rango conservador para la Tasa de Descuento Aplicable

Tasa Social de Descuento	Probabilidad de incumplimiento	Tasa de Descuento Aplicable
12%	B	B

Considerando la siguiente ecuación para calcular la Tasa de Descuento Aplicable:

$$TDA = \frac{(1 + TSD)}{(1 - PI)} - 1$$

Donde:

TDA es la Tasa de Descuento Aplicable

TSD es la Tasa Social de Descuento

PI es la Probabilidad de incumplimiento asignada

En su respuesta a los numerales 10 y 11, el PERITO 1 señala que podría ser razonable utilizar una Tasa Social de Descuento del **B** para calcular el Valor Presente Neto de la operación analizada pero que “sería correcto y más realista” utilizar una tasa de descuento superior. Ahora bien, en el ACUERDO DE INICIO se utilizó el valor nominal de la operación ya que ni la LFCE 2012 ni su reglamento requerían que el monto de una operación se calculara a Valor Presente Neto y, mucho menos, hacían referencia a una tasa de descuento que debiera de utilizarse. Como se ha señalado, el uso del Valor Presente Neto permite a las partes involucradas en una operación determinar si la operación era rentable para ellas o no. En este sentido, esta COFECE no se pronuncia sobre la rentabilidad de las operaciones. Los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE no tienen por objeto que se analicen aquellas operaciones que pudieran ser rentables. El objeto de dichos umbrales, que es un criterio objetivo establecido en la LFCE, es analizar previamente aquellas operaciones en las que, por la dimensión de la operación, de los activos adquiridos o de los agentes económicos involucrados, tienen un impacto mayor en la economía y por ello al ser notificadas previamente se quiere evitar que se generen riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia. En ese sentido, ni la LFCE 2012 ni su reglamento establecían que el monto de una operación tuviera que actualizarse mediante alguna metodología o utilizando tasas de descuento.

Asimismo, no se pasa por alto que el PERITO 1 presenta una probabilidad de incumplimiento de entre el **B**, sin embargo, no presenta ninguna evidencia concreta de cómo llegó a dichas probabilidades conforme a los parámetros de la operación analizada.

Eliminado: veintiocho palabras

12. Diga el PERITO 1 la razón de su dicho de lo previamente contestado en el presente cuestionario.

En esta respuesta, el PERITO 1 describe su experiencia profesional, preparación académica, así como la bibliografía a la que hace referencia.

En su respuesta a este numeral, el PERITO 1 únicamente refiere la razón de su dicho por lo que no aporta argumentos adicionales que deban ser valorados.

5.2.5.2 Dictamen pericial en materia de contabilidad a cargo del PERITO 2

1. Diga el PERITO 2 qué se debe entender por regalía.

R.- *Concepto semántico*

Desde el punto de vista semántico y de acuerdo con el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, el término "regalía" para efectos económicos significa: "*Participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo.*"

Este concepto establece la existencia de un pago fijo o mediante participación en ingresos; un receptor del mismo, en su calidad de propietario de un derecho; y la autorización que se otorga a quien realiza el pago, de ejercer un derecho.

Concepto doctrinal/legal

Los principios de la práctica de la profesión contable coinciden en definir el concepto de regalía del siguiente modo:

Cantidad o contraprestación que se paga en dinero por virtud del uso o goce temporal de bienes o derechos ajenos (registrados por un tercero), por el licenciario a favor del licenciante, que puede ser fijada proporcionalmente en función de las ventas, producción, productividad o utilidades, en los contratos de licencia de marcas, patentes, procedimientos, conocimientos técnicos o transferencia de tecnología (*know-how*), por derechos de autor (*copyright*), y otros.

El licenciante es la parte del contrato que concede la autorización para el uso de la marca en una temporalidad definida. Para tal efecto, el licenciante ostenta la titularidad del derecho de la marca. Por su parte, el licenciario obtiene una autorización para usar o explotar la marca objeto del contrato durante el tiempo que haya sido pactado.

El contrato de licencia de uso de marca es aquel en el que el licenciante autoriza al licenciario a ejercitar derechos derivados de la marca por un tiempo determinado. definido como un acuerdo de voluntades mediante el cual el titular de un derecho de marca (licenciante), conviene en otorgar una autorización a un tercero denominado licenciario, para que éste la utilice en el comercio por un periodo de tiempo determinado y a cambio de la contraprestación pactada.

El objeto de licenciamiento es una marca, definida por el artículo 88 de la Ley de la Propiedad Industrial como *"todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado"*.

El artículo 136 de la misma Ley indica que: *"El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante LICENCIA DE MARCA, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca"*.

El concepto doctrinal/legal es más preciso que la definición semántica, pues permite establecer que el pago es una contraprestación; existe una temporalidad en el uso o goce; define las partes involucradas, como licenciante y licenciatario; señala las diversas modalidades bajo las cuales se puede calcular el pago; especifica los tipos de derechos que pueden ser objeto de licenciamiento, entre ellos, las marcas; y permite establecer que el licenciatario es el titular del derecho de las marcas.

Concepto para efectos fiscales

El Código Fiscal de la Federación ("CFF") en su artículo 15-B, primer párrafo establece:

"Se consideran regalías, entre otros, los pagos de cualquier clase por el uso o goce temporal de patentes, certificados de invención o mejora, marcas de fábrica, nombres comerciales, derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y grabaciones para radio o televisión, así como de dibujos o modelos, planos, formulas, o procedimientos y equipos industriales, comerciales o científicos, así como las cantidades pagadas por transferencia de tecnología o informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, u otro derecho o propiedad similar. "

Como se puede observar, el término "regalías" se refiere a un concepto enunciativo, más no limitativo. Los actos jurídicos o contratos de licencia (*license agreements*) que dan lugar al pago de "regalías" por los conceptos a los que hace referencia el citado precepto del CFF, son aquéllos cuyo objeto esencial se refiere al otorgamiento, uso o goce temporal de determinados derechos de autor, patentes, marcas, procedimientos, transferencia de tecnología, entre otros, a cambio de una contraprestación. Las perspectivas semántica, doctrinal y fiscal, coinciden en ello.

De acuerdo a las Normas de Información Financiera, en la serie C-8, una marca o nombre registrado es una palabra o símbolo que distingue o identifica a una entidad o producto en particular. Las marcas registradas son derechos que, entre otros, pueden adquirirse, venderse o licenciarse. En virtud de lo anterior, se realiza el pago por el derecho de uso de una marca, sin que ello represente una adquisición de la misma.

2. Diga el PERITO 2 si

B

B

B

A partir de la definición de regalía contenida en el artículo 15-B, primer párrafo del CFF, transcrito en la respuesta a la pregunta anterior, resulta claro que los actos jurídicos derivados de la LICENCIA DE MARCA B

En resumidas cuentas, de acuerdo con la definición establecida en el CFF y los términos bajo los cuales fue establecido la LICENCIA DE MARCA, resulta claro que los B establecidos en la LICENCIA DE MARCA son B.

En sus respuestas a los numerales 1 y 2 el PERITO 2 sólo se refiere al concepto de regalía y a que B s establecidos en la LICENCIA DE MARCA constituyen B, lo cual está señalado en el ACUERDO DE INICIO.

3. Diga el PERITO 2 el tratamiento contable que debe darse a una regalía efectivamente pagada y devengada en el mismo ejercicio fiscal.

R.- Se analiza la perspectiva del B en la LICENCIA DE MARCA de licencia de marca celebrado el quince de agosto de dos mil trece en el que se determinó B.

De acuerdo con la LICENCIA DE MARCA, el pago B, en términos del artículo IX sección 9.2., incisos b y d de la LICENCIA DE MARCA. B

Respecto de este tipo de pagos, el artículo 39 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) vigente en agosto de dos mil trece señalaba:

"Artículo 39. Los por cientos máximos autorizados tratándose de gastos y cargos diferidos, así como para las erogaciones realizadas en periodos preoperativos, son los siguientes:

(...)

III. 15% para regalías, para asistencia técnica, así como para otros gastos diferidos, a excepción de los señalados en la fracción IV del presente artículo. (...)"

La fracción III del citado artículo indica que el concepto de "regalías" es un gasto diferido, es decir, es un gasto imputado en cuentas en un momento posterior. B

El

Eliminado: ciento sesenta y tres palabras

porcentaje máximo autorizado de deducción aplicable a este pago es del 15% (quince por ciento) anual.

B establecida en el inciso d del artículo IX, sección 9.2. de la LICENCIA DE MARCA, B

. La LISR aplicable indica que, si el beneficio para el licenciatario se concreta en el mismo ejercicio en que se realizó la erogación, la deducción, por parte del licenciatario, puede efectuarse totalmente en el mismo ejercicio. Así lo señala el penúltimo párrafo del artículo 39 de la LISR citada:

"En el caso de que el beneficio de las inversiones a que se refieren las fracciones II y III de este artículo se concrete en el mismo ejercicio en el que se realizó la erogación, la deducción podrá efectuarse en su totalidad en dicho ejercicio. (...)"

En apoyo a lo anterior, la fracción VII del artículo 42 de la LISR vigente en el momento del acto investigado indicaba que:

"VII. Tratándose de regalías, se podrá efectuar la deducción en los términos la fracción III del artículo 39 de esta ley, únicamente cuando las mismas hayan sido efectivamente pagadas."

Para determinar el tratamiento previsto en el penúltimo párrafo del artículo 39 de la LISR antes citado, en cuanto a si el pago o erogación realizada por concepto de regalías constituye una "inversión" o un "gasto", necesariamente debemos atender a las características propias de la operación, en el sentido de que ésta efectivamente produzca o genere beneficios por un tiempo mayor al del mismo ejercicio o periodo al que efectivamente corresponde la erogación incurrida por regalías.

Por tanto, B
a cuyo supuesto se refiere el citado penúltimo párrafo del artículo 39 de la LISR.

Para efectos contables se observa el criterio de que la erogación correspondiente a la

B B
establecidos en la LICENCIA DE MARCA, son considerados "gastos", de acuerdo con lo expuesto, y les es aplicable el principio establecido en el penúltimo párrafo del artículo 39 de la LISR que estaba vigente en agosto de dos mil trece, toda vez que esos pagos se



1. The first step in the process is to identify the problem or issue that needs to be addressed. This involves gathering information and understanding the context of the problem.

establecidos en la LICENCIA DE MARCA,

R.- Se analiza la perspectiva del [REDACTED] B en la LICENCIA DE MARCA de licencia de marca celebrado el 15 de agosto de 2013 en el que [REDACTED] B

(inciso d del artículo IX sección 9.2. de la LICENCIA DE MARCA).

B
B

es decir, mientras que la LICENCIA DE MARCA esté

151

Eliminado: trescientas noventa y dos palabras

[REDACTED] B [REDACTED], y le aplica la regla de deducción máxima del 15% (quince por ciento) anual, según lo dispuesto en la fracción 111 del citado artículo 39 de la LISR aplicable.

De acuerdo con el artículo 38 de la LISR vigente en agosto de dos mil trece, las inversiones están constituidas por activos fijos, gastos y cargos diferidos y erogaciones realizadas en periodos preoperativos. Es decir, [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] Contablemente el licenciario debe registrarlas como gastos diferidos, se amortizan a razón de 15% (quince por ciento) anual, como lo disponía el artículo 39 de la LISR aplicable y conforme se amortizan, va disminuyendo su valor contable, hasta que se extinguen como gastos diferidos, al concluir el periodo de amortización. Fiscalmente la licenciataria puede deducirlas en cada ejercicio de acuerdo con el porcentaje de amortización permitido.

[REDACTED] B [REDACTED]. Como se señaló en la respuesta a la pregunta 3 de este cuestionario, [REDACTED] B [REDACTED] pues los beneficios que producen se obtienen durante el mismo ejercicio en que son pagadas. Sobre esto, se concluyó y se concluye categóricamente que no son activos, ni fijos ni intangibles, pues se trata de gastos y que contablemente deberían ser registrados en el estado de resultados, y no inciden en el balance general. Son deducibles totalmente en el ejercicio fiscal en que son pagadas. [REDACTED] B [REDACTED]

En conclusión, [REDACTED] B [REDACTED]

Toda vez que las preguntas 3 y 5 y, en consecuencia, sus respuestas, guardan estrecha relación, las mismas se analizan de manera conjunta. En su respuesta al numeral 3, el PERITO 2 señala el tratamiento contable que debe darse a una regalía de manera general y, en su respuesta al numeral 5, el PERITO 2, de manera consistente con lo señalado en el numeral 3, aplica lo señalado conceptualmente a la operación analizada. De esta forma, el PERITO 2 concluye que [REDACTED] B [REDACTED], que es algo consistente con lo señalado en el ACUERDO DE INICIO. Adicionalmente, el PERITO 2 señala que cada parte se reconoce de manera contable distinta.

Eliminado: doscientas veinticuatro palabras

En cuanto al cargo anticipado, el PERITO 2 señala que, para efectos del Impuesto Sobre la Renta, se considera como gasto diferido, siendo una inversión amortizable. La respuesta del PERITO 2 parecería contradecirse con lo que señala INNOVACIÓN en la página 25 del ESCRITO DE INNOVACIÓN, en cuanto a que [REDACTED] B [REDACTED]

En este sentido, esta autoridad considera que es impreciso lo que ambos señalan ya que, de acuerdo con el método de partida doble, [REDACTED] B [REDACTED]. De manera específica, [REDACTED] B [REDACTED]

Sin embargo, esta autoridad considera que, independientemente de la forma particular en que se refleje el valor de la operación en un asiento contable, lo anterior no resulta relevante para la obligación de notificar una concentración en los términos dispuestos en cualquiera de las fracciones del artículo 20 de la LFCE.

Ahora bien, cuando el PERITO 2 señala que [REDACTED] B [REDACTED] no está contradiciendo al ACUERDO DE INICIO. El ACUERDO DE INICIO señala claramente que [REDACTED] B [REDACTED], pero, en ningún momento señala que [REDACTED] B [REDACTED] de ningún tipo. Lo que el ACUERDO DE INICIO señala es que [REDACTED] B [REDACTED]. Obsérvese que, conforme a la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B [REDACTED]. En este sentido, el objeto de la LICENCIA DE MARCA ([REDACTED] B [REDACTED]), las cuales se encontraban definidas desde la celebración del contrato.

Aun cuando [REDACTED] B [REDACTED] se realicen en forma posterior a la firma de la LICENCIA DE MARCA, en términos del artículo 18, fracción IV, del RLFCE correspondía a los involucrados en la operación notificarla antes de que se perfeccionara el acto que rebasó umbrales. En el caso concreto [REDACTED] B [REDACTED] en la LICENCIA DE MARCA, por lo que desde ese momento se conocía el monto que importaba la operación en términos del artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012 y, en consecuencia, debía ser notificada antes del perfeccionamiento de dicho acto.

Ahora bien, mediante acuerdo de trece de diciembre de dos mil dieciocho, se requirió al PERITO 2 que aclarara a esta COFECE el fragmento del ACUERDO DE INICIO en el que se hubiera señalado que [REDACTED] B [REDACTED]. Al respecto, el PERITO 2 manifestó que en su dictamen pericial no hizo "referencia a algún señalamiento de la autoridad en el sentido de que [REDACTED] B [REDACTED]" en el ACUERDO DE INICIO y que sus conclusiones "deben ser interpretadas [...] en forma integral con base en principios de contabilidad generalmente aceptados y no a la luz del acuerdo". En este sentido, el PERITO 2 afirmó que, como se ha señalado, en el ACUERDO DE INICIO no se refirió en ningún momento que [REDACTED] B [REDACTED]:

Eliminado: ciento setenta palabras

*"En este contexto, respecto de la solicitud de esta Comisión de señalar "[...] el fragmento y/o párrafo del acuerdo de doce de septiembre de dos mil dieciocho, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, por el cual considera que en dicho acuerdo [REDACTED] B [...]", se aclara que, en mi dictamen pericial, no hago referencia a algún señalamiento de la autoridad en el sentido de que [REDACTED] B en el acuerdo de 12 de septiembre de 2018, dictado en el expediente VCN-001-2018."*²³⁴

4. Diga el PERITO 2 si el uso o goce temporal de una marca, por la cual se paga una regalía, hace que el licenciatario pueda ser considerado como propietario de manera total o parcial de ella.

R.- El licenciatario no se considera propietario ni de manera total ni de manera parcial de la marca. El otorgamiento de derechos para el uso o goce temporal de una marca, sobre el que pudiera o no establecerse el pago de regalías, no confiere al licenciatario la propiedad de la misma.

El posible pago de regalías es una contraprestación a cambio del otorgamiento de un derecho de uso o goce temporal, en términos de lo dispuesto en el artículo 15b del CFF vigente en dos mil trece, a la cual se hace referencia en la respuesta a la pregunta 1 de este cuestionario.

En el caso de las regalías por el uso de marcas, el licenciante conserva la propiedad durante y después del periodo de licenciamiento. El licenciatario obtiene un derecho de uso, sujeto a limitaciones, contenidas en el instrumento jurídico entre las partes. Durante el periodo de licenciamiento, el licenciante puede obtener un beneficio económico, que es precisamente el pago por regalía.

En su respuesta al numeral 4, el PERITO 2 señala que el otorgamiento de derechos para el uso o goce temporal de una marca, sobre el que pudiera establecerse o no el pago de regalías, no confiere al licenciatario la propiedad de esa marca. No obstante, el PERITO 2 olvida que el ACUERDO DE INICIO en ningún momento establece que, derivado de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B [REDACTED]. El ACUERDO DE INICIO, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 de la LFCE 2012, señala que la operación fue una sucesión de actos por virtud de los cuales se concentraron diversos activos pero no señala nada respecto de la propiedad de dichos activos.

Finalmente, no se pasa por alto mencionar que, conforme a la legislación vigente, una concentración no implica únicamente aquellas situaciones en las que existe una transferencia de la propiedad, como sería el caso en un acuerdo de colaboración entre competidores (*joint venture*). Tal como lo establece la Guía para la Notificación de Concentraciones para considerar que existe una concentración, esta COFECE debe valorar si la operación involucra la transferencia *de facto* del control físico de activos o la posibilidad de decidir sobre ellos.

Eliminado: veintidós palabras

²³⁴ Página 5 del escrito de catorce de enero de dos mil diecinueve, consistente en las aclaraciones que formuló el perito con respecto a su dictamen.

6. Diga el PERITO 2 si considera que el otorgamiento del uso o goce temporal de marcas, mediante [REDACTED] B [REDACTED] establecidas en la Sección 9.2 de la LICENCIA DE MARCA, constituye una transmisión de activos de un licenciante a un licenciario.

R.- El otorgamiento del uso o goce temporal de marcas, [REDACTED] B [REDACTED], como lo establece la LICENCIA DE MARCA, no constituye una transmisión de activos de un licenciante a un licenciario, en virtud de las siguientes consideraciones.

El CFF en el artículo 14, define lo que es una enajenación. La fracción I de ese precepto define enajenación como toda transmisión de propiedad, aún en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado.

En el caso que nos ocupa, la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B [REDACTED]

Contablemente, desde el punto de vista de [REDACTED] B [REDACTED], no hay transmisión de activos porque no hay transferencia de propiedad de marca.

La LICENCIA DE MARCA contiene diversas disposiciones que dejan en claro que [REDACTED] B [REDACTED]

El artículo VII señala que [REDACTED] B [REDACTED]

La LICENCIA DE MARCA también establece [REDACTED] B [REDACTED]

Por ejemplo, el artículo VI señala que [REDACTED] B [REDACTED]

Eliminado: trescientas sesenta y nueve palabras

B

El artículo XI hace referencia a

B

Es de destacar que la LICENCIA DE MARCA

B

En conclusión,

B

En su respuesta al numeral 6, el PERITO 2 señala que el otorgamiento del uso o goce temporal de marcas, relativo a la LICENCIA DE MARCA, no constituye una transmisión de activos ya que no hay transferencia de propiedad de marca. Asimismo, señala que la LICENCIA DE MARCA, salvaguarda los derechos de propiedad de las marcas licenciadas en favor del licenciante y no prevé la posibilidad de que las marcas pasen a ser propiedad de la licenciataria. Sin embargo, el ACUERDO DE INICIO no hace referencia a la propiedad de los activos intangibles, que como señala el PERITO 2, sigue siendo

B

B

Para dar absoluta claridad, esto implica que, si bien la propiedad de los activos intangibles sigue siendo del licenciante, la LICENCIA DE MARCA

B

a favor de otro agente podría suponer efectos a la competencia, motivo por el cual, la LFCE 2012 establecía la obligación de notificar, a efecto de evaluar si tal traslado afectaría el proceso de competencia, en cuyo caso, la autoridad estaría en posibilidad de objetarlo o sujetar su autorización a condiciones, con la finalidad de evitar daños.

7. Diga el PERITO 2 qué consecuencias tendría la rescisión de la LICENCIA DE MARCA, en términos de derechos de uso de las mismas de parte de la licenciataria.

R.- Las causas de terminación de la LICENCIA DE MARCA son [REDACTED] B

[REDACTED] B, ésta se deriva del hecho de que el artículo IV de la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B

Por otra parte, la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B

[REDACTED]

No importa la manera en que se dé la terminación, es decir, [REDACTED] B

[REDACTED], tal y como lo señala el artículo XII de la LICENCIA DE MARCA, el cual indica:

[REDACTED] B

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] B

Eliminado: trescientas noventa y siete palabras

B

B

Desde la perspectiva del derecho de uso de las marcas, si llegara a presentarse alguna de las situaciones previstas para la terminación de la LICENCIA DE MARCA, B

8. Diga el PERITO 2 qué consecuencias tendría la rescisión de la LICENCIA DE MARCA, en términos de reembolso de pagos por parte de la licenciataria.

R.- La LICENCIA DE MARCA B. La sección 9.2, inciso b, de la LICENCIA DE MARCA señala claramente que ' B B

"

Siguiendo la línea anterior, B B

Eliminado: trescientos sesenta y siete palabras

En su respuesta a los numerales 7 y 8, el PERITO 2 señala cuáles serían las consecuencias de la terminación o rescisión de la LICENCIA DE MARCA. Sin embargo, al tratar de analizar las consecuencias jurídicas de la terminación de la LICENCIA DE MARCA, el PERITO 2 excede el ámbito de su encargo pues ofrece una pericial en materia contable. Por otro lado, el PERITO 2 señala que, en caso de la rescisión, la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B

[REDACTED] Los argumentos presentados por el PERITO 2 son irrelevantes puesto que únicamente refieren qué sucedería en caso de que la LICENCIA DE MARCA se diera por terminada pero no se relacionan con lo señalado en el ACUERDO DE INICIO.

Asimismo, se hace referencia a la sección 4.4 *Sobre las manifestaciones relacionadas con el ACUERDO DE INICIO*, en la que se señala que si bien la LICENCIA DE MARCA [REDACTED] B

[REDACTED], por lo que en atención a los principios de buena fe, *pacta sunt servanda* y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, no puede interpretarse que se firmó un contrato con el objeto de incumplirlo, tal como se refiere en dicha sección.

Ahora bien, mediante acuerdo de trece de diciembre de dos mil dieciocho, se requirió al PERITO 2 que señalara si, para todas las marcas relacionadas con la operación, resulta [REDACTED] B

[REDACTED]. Al respecto, el PERITO 2 precisó que dicha afirmación no era precisa respecto de las marcas identificadas como [REDACTED] B. Si bien esto no modifica la valoración del argumento presentado por el PERITO 2, esta COFECE consideró pertinente que aclarara que, derivado de la operación, existen diversas marcas que no volverán al licenciante ni siquiera en caso de rescisión de la LICENCIA DE MARCA.

9. Diga el PERITO 2 cuáles serían las repercusiones para la licenciataria desde el punto de vista contable, de la rescisión de la LICENCIA DE MARCA

R.- La LICENCIA DE MARCA prevé que [REDACTED] B

Para analizar la repercusión en [REDACTED] B

[REDACTED], les aplica la amortización de hasta un máximo de 15% (quince por ciento) anual, en términos del artículo 39 de la LISR vigente en agosto de dos mil trece. Si la licenciataria ejerce el porcentaje máximo, la amortización total de este gasto se daría en un plazo de seis años y ocho meses, aproximadamente.

Tratándose de un gasto diferido, a medida que las empresas lo amortizan, cargan a gastos la cantidad amortizable. Una vez amortizado totalmente, el gasto diferido ya no aparece en el balance general. Esto ocurre porque los gastos diferidos no están relacionados con la adquisición de un activo, aunque contablemente pudiera llegar a registrárseles como tal, los gastos diferidos son gastos efectuados respecto de bienes o derechos que aún no son utilizados. Al concluir el periodo de amortización desaparecen del balance general, porque a la empresa que efectuó el desembolso no le queda un activo en su patrimonio.

B

Si la rescisión ocurriera antes de que transcurra el periodo necesario para la amortización, entonces la empresa licenciataria tendría que proceder a la amortización de la cantidad total que no hubiera sido amortizada y del lado del balance general, tendría que eliminar el registro del gasto diferido, de acuerdo con el artículo 37 de la LISR vigente en agosto de dos mil trece. Esto en virtud de que, B

B

Eliminado: doscientas noventa y tres palabras

En su respuesta al numeral 9, el PERITO 2 señala que en caso de que se rescindiera la LICENCIA DE MARCA, ya sea previa o posteriormente a que transcurra el periodo necesario para la amortización,

B

Al respecto, como ya se ha señalado en la sección 4.4 *Sobre las manifestaciones relacionadas con el Acuerdo de Inicio*, a la cual se refiere, si bien la LICENCIA DE MARCA B

sin que pueda interpretarse que las partes celebraron un contrato con el objeto de incumplirlo. Asimismo, se remite a la sección 3.2.1 *Existencia de una concentración*, en la cual se determinó que, durante la vigencia de la operación, esta sí implica una concentración.

10. Diga el PERITO 2 a quien corresponderían los beneficios o el deterioro en el valor de las marcas licenciadas temporalmente mediante la LICENCIA DE MARCA, al finalizar el periodo de licenciamiento.

R.- La LICENCIA DE MARCA es clara al respecto. B B

La sección 7.1 del instrumento señala:

B

B

" B

B

previsto en la Sección 2.8 de la LICENCIA DE MARCA, B

Lo anterior, además resulta necesario dado que B

En su respuesta al numeral 10, el PERITO 2 señala que B

Si bien el PERITO 2 señala esto a partir de la lectura de la LICENCIA DE MARCA, no realiza ningún argumento ni lo relaciona con lo contenido en el ACUERDO DE INICIO. Es decir, la generalidad del argumento no permite inferir qué pretendía argumentar el PERITO 2.

Asimismo, mediante acuerdo de trece de diciembre de dos mil dieciocho, se requirió al PERITO 2 que aclarara si el licenciatario no percibe algún beneficio o deterioro indirecto a partir de las ventas que realiza por la explotación de las marcas. En este sentido, el PERITO 2 señaló que *"por supuesto, el licenciatario se beneficia de la venta de los productos y, como cualquier empresa, registra dichas ventas en sus estados financieros."* Esto permite ver que la operación fue una concentración en la que las partes involucradas participaron con el objeto de beneficiarse. Esta aclaración se consideró pertinente puesto que la respuesta del PERITO 2 omitía señalar que B

11. Diga el PERITO 2 la razón de su dicho de lo previamente contestado en el presente cuestionario.

En esta respuesta, el PERITO 2 describe su experiencia profesional, preparación académica, así como la bibliografía a la que hace referencia.

En su respuesta a este numeral, el PERITO 2 señala que sus respuestas tienen fundamento en su experiencia profesional y preparación académica, así como en la legislación en materia de propiedad intelectual, impuesto sobre la renta y el Código Fiscal de la Federación. Asimismo, señala haber utilizado como referencia la LICENCIA DE MARCA. Lo anterior acredita lo antes señalado pero no provee elementos adicionales que deban ser analizados.

5.2.6 Instrumental de actuaciones. NESTLÉ, LALA e INNOVACIÓN presentaron la prueba instrumental de actuaciones, consistente en la totalidad de las constancias que obran en el EXPEDIENTE, por lo cual, en términos de los artículos 93, fracciones II, III y VII, 129, 130, 133 y 188 del CFPC, se le otorga el valor probatorio descrito en los artículos 200 a 205, 209, 210 y 217 del CFPC.

Eliminado: ciento cincuenta palabras

5.2.7 Presuncionales. NESTLÉ, LALA e INNOVACIÓN presentaron la prueba presuncional en su doble aspecto legal y humano en términos de los artículos 93, fracción VIII, y 190 del CFPC, se les otorga el valor probatorio descrito en los artículos anteriores y 218 del CFPC.

En relación con la **instrumental de actuaciones** y la **presuncional**, relacionadas con los numerales 5.2.6 y 5.2.7, se indica que toda vez que dichas pruebas dependen de otros medios de convicción del EXPEDIENTE,²³⁵ únicamente tienen el alcance de probar de manera adminiculada lo señalado al analizarse cada una de las pruebas en la presente resolución.

SEXTA. ALEGATOS

Durante el procedimiento se citó a las partes a efecto de que presentaran sus alegatos. Al respecto, únicamente NESTLÉ presentó su escrito de alegatos el treinta de enero de dos mil diecinueve, por lo que se tuvo por precluido su derecho a LALA, INNOVACIÓN, SDEP y NESTEC. Dicho Agente Económico señaló en síntesis lo siguiente:

NESTLÉ manifestó:

A. En el presente caso no se verificó una adquisición de activos, en los términos imputados en el ACUERDO DE INICIO.

1. En el dictamen del PERITO 2, llegó a las siguientes conclusiones:

a.

B

Eliminado: veintisiete palabras

²³⁵Al respecto, resultan aplicables las tesis emitidas por el PJJF: (i) **“PRESUNCIONAL E INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES. SU OFRECIMIENTO NO SE RIGE POR LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 291 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.** La prueba instrumental de actuaciones se constituye con las constancias que obran en el sumario; mientras que la de presunciones es la consecuencia lógica y natural de hechos conocidos, probados al momento de hacer la deducción respectiva, de lo que se advierte que tales pruebas se basan en el desahogo de otras, por consiguiente, no es factible que desde la demanda, la contestación o en la dilación probatoria, quien ofrece los medios de convicción señalados establezca con claridad el hecho o hechos que con ellos va a probar y las razones por las que estima que demostrará sus afirmaciones, pues ello sería tanto como obligarlo a que apoye tales probanzas en suposiciones. Así, tratándose del actor, éste tendría prácticamente que adivinar cuáles pruebas va a ofrecer su contrario, para con base en ellas precisar la instrumental y tendría que hacer lo mismo en cuanto al resultado de su desahogo, para con ello, sobre bases aún no dadas, señalar las presunciones legales y humanas que se actualicen. De ahí que resulte correcto afirmar que tales probanzas no tienen entidad propia, y debido a tan especial naturaleza, su ofrecimiento no tiene que hacerse con las exigencias del artículo 291 del código adjetivo, incluso, aun cuando no se ofrecieran como pruebas, no podría impedirse al Juez que tome en cuenta las actuaciones existentes y que aplique el análisis inductivo y deductivo que resulte de las pruebas, para resolver la litis planteada, pues en ello radica la esencia de la actividad jurisdiccional” Registro: 179818; [TA]; 9ª. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XX; Diciembre de 2004; Pág. 1406; (ii) **“PRUEBA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, QUE SE ENTIENDE POR.** La prueba ‘instrumental de actuaciones’ propiamente no existe, pues no es más que el nombre que en la práctica se ha dado a la totalidad de las pruebas recabadas en un determinado negocio; por tanto, si una de las partes del juicio laboral que ocurre al amparo funda sus conceptos de violación en que la prueba instrumental de actuaciones demuestra un determinado hecho, sin precisar a qué prueba en particular se refiere de las recabadas en el juicio, sus conceptos de violación, por deficientes, son infundados”; Registro: 244101; [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI; t. 2; Agosto de 2012; Pág. 1948; y (iii) **“PRUEBAS INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES Y PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. NO TIENEN VIDA PROPIA LAS.** Las pruebas instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana, prácticamente no tienen desahogo, es decir que no tienen vida propia, pues no es más que el nombre que en la práctica se ha dado a la totalidad de las pruebas recabadas en el juicio, por lo que respecta a la primera y por lo que corresponde a la segunda, ésta se deriva de las mismas pruebas que existen en las constancias de autos”. Registro: 209572; [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; t. XV; Enero de 1995; Pág. 291.

B
236

B para efectos del ISR, se considera como gasto diferido, es decir, una inversión amortizable para efectos de la determinación del ISR del ejercicio y que, por tanto, el porcentaje máximo autorizado de deducción aplicable a este pago es de 15% (quince por ciento) anual. Una vez amortizado totalmente, el gasto diferido ya no aparece en el balance general, porque los gastos diferidos no están relacionados con la adquisición de activos.²³⁷

B
240

B LICENCIA DE MARCA:

B

B

²³⁶ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 3 del dictamen pericial del PERITO 2.

²³⁷ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 3 del dictamen pericial del PERITO 2.

²³⁸ NESTLÉ cita un fragmento de las respuestas a los numerales 2 y 5 del dictamen pericial del PERITO 2.

²³⁹ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 3 del dictamen pericial del PERITO 2.

²⁴⁰ NESTLÉ cita un fragmento de las respuestas a los numerales 1, 4, 6 y 9 del dictamen pericial del PERITO 2.

²⁴¹ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 9 del dictamen pericial del PERITO 2.

²⁴² NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 9 del dictamen pericial del PERITO 2.

2. Las conclusiones alcanzadas por el PERITO 2 ponen de manifiesto que son fundados los argumentos expresados por NESTLÉ en la Sección E de la Segunda Parte del ESCRITO DE NESTLÉ, en el sentido de que en este caso no se verificó una adquisición de activos por lo que respecta a la LICENCIA DE MARCA y a [REDACTED] B, como se sostiene en el ACUERDO DE INICIO.

3. En efecto, por un lado, las conclusiones del perito en contabilidad son consistentes con todo lo expuesto en el ESCRITO DE NESTLÉ, entre otras cuestiones, con los siguientes argumentos:

a. Del clausulado de la LICENCIA DE MARCA, [REDACTED] B

[REDACTED] . A diferencia de lo que sucede con una adquisición que se paga en parcialidades -en la cual la deuda se adquiere desde el momento de la suscripción- el contrato muestra que [REDACTED] B

244

b. En la LICENCIA DE MARCA, se surten las consideraciones contenidas en la resolución del expediente CNT-084-2016 (en la que se determinó que un arrendamiento no podía ser considerado una “desinversión” de activos, puesto que éstos siguen siendo propiedad del agente y solo concede su uso y disfrute temporal; debido a que una desinversión del negocio sólo puede considerarse cuando acaece una “venta de activos” en estricto sentido, y en razón de que el arrendamiento implica la posibilidad de que el propietario recupere el uso y disfrute de los activos). [REDACTED] B

B

Eliminado: doscientas ochenta y nueve palabras

²⁴³ NESTLÉ hace referencia al numeral 72 del ESCRITO DE NESTLÉ.

²⁴⁴ NESTLÉ hace referencia al numeral 71, inciso (f) del ESCRITO DE NESTLÉ.

B

4. En este contexto, las conclusiones del PERITO 2 prueban lo sostenido por NESTLÉ en los numerales 75 a 78 del ESCRITO DE NESTLÉ, según los cuales, conforme a los criterios contables aplicables a B (los cuales constituyen un buen referente en ausencia de criterios técnicos vinculantes en materia de competencia):

a. Es indebido concluir que B

b. Es indebido que en el ACUERDO DE VISTA la ST B para determinar el valor de la operación.

c. Como consecuencia de lo anterior, lo correcto es estimar que el valor de la Operación asciende a B por lo que los cálculos realizados en el ACUERDO DE INICIO son incorrectos.

5. Por lo expuesto, mediante la prueba pericial contable mi representada ha demostrado ante este Pleno que es incorrecto que en el Acuerdo de Vista la ST haya estimado que a través de la Licencia de Marca y B se verificó una adquisición de activos y, por tanto, que la ST haya considerado B para determinar el valor de la Operación, en términos del artículo 20 de la LFCE 2012. De ahí que lo procedente sea cerrar el presente expediente sin imputar responsabilidad alguna a las imputadas, por no poderse estimar que se verificó una violación a la obligación de notificar una concentración antes de su celebración.

B. En todo caso, suponiendo sin conceder que fuese válido considerar B de la LICENCIA DE MARCA para calcular el valor de la operación, en el ACUERDO DE INICIO se debió calcular el valor presente de éstas por involucrar flujos futuros de dinero, a fin de tomar en cuenta el costo de oportunidad, la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el

²⁴⁵ NESTLÉ hace referencia al numeral 74 del ESCRITO DE NESTLÉ.

tiempo y el riesgo financiero implícito en la recepción de flujos en distintos momentos del tiempo.

1. En el dictamen del PERITO 1, se llegó a las siguientes conclusiones:

a. Que no es apropiado comparar los umbrales monetarios con la suma de **B** establecidos en la LICENCIA DE MARCA, pues no se toma en consideración el costo de oportunidad, la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo, ni el riesgo financiero implícito en la recepción de flujos en distintos momentos del tiempo.²⁴⁶

b. Que la alternativa correcta para calcular el valor presente de una suma de flujos nominales de efectivo durante un periodo es descontar los flujos futuros.²⁴⁷

c. Que, para descontar los flujos futuros, procede aplicar la metodología de *Valor Presente Neto*. Esta metodología, al ajustar los flujos futuros, reconoce los riesgos que conlleva el licenciamiento de las marcas y permite comparar en un momento determinado cualquier serie de flujos futuros con el objetivo de discernir la rentabilidad de cada uno independientemente del plazo asociado.²⁴⁸

d. Que, a través de la tasa de descuento, se puede determinar, utilizando la metodología de *Valor Presente Neto*, la rentabilidad del proyecto a evaluar. La tasa de descuento debe tomar en consideración el costo de oportunidad, el poder adquisitivo de cada flujo y el riesgo que implica asumir los términos del Convenio y de recibir los flujos nominales de efectivo esperados (riesgo que se determina en función de la probabilidad de obtener efectivamente los flujos esperados o, en contraparte, de la probabilidad de impago o de que no se reciban los flujos).²⁴⁹

e. Que la Tasa Social de Descuento podría ser un indicador aceptable para calcular el *Valor Presente Neto* de la probable suma **B** establecidos en la LICENCIA DE MARCA, pero como un mínimo. Específicamente, es razonable usar como referencia mínima la Tasa Social de Descuento prevaleciente en dos mil trece, que era del **B**²⁵⁰ La tasa debería ser mayor si se considera una probabilidad de incumplimiento, lo cual es posible considerando el clausulado del convenio.²⁵¹

f. Que, por tanto, el rango conservador para la tasa de descuento a utilizar en el presente caso es de entre **B**²⁵²

Eliminado: treinta y dos palabras

²⁴⁶ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 1 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁴⁷ NESTLÉ cita un fragmento de las respuestas a los numerales 1 y 3 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁴⁸ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 1 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁴⁹ NESTLÉ cita un fragmento de las respuestas a los numerales 6, 3 y 9 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁵⁰ NESTLÉ cita un fragmento de las respuestas a los numerales 9 y 10 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁵¹ NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 11 del dictamen pericial del PERITO 1.

²⁵² NESTLÉ cita un fragmento de la respuesta al numeral 11 del dictamen pericial del PERITO 1.

2. Las conclusiones alcanzadas por el perito muestran que son fundados los argumentos desarrollados en la sección H de la Segunda Parte de mi ESCRITO DE NESTLÉ, en el sentido de que aun suponiendo sin conceder que el monto total de [REDACTED] B [REDACTED] podía ser utilizado para determinar el monto de la operación, el umbral establecido en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, no fue superado.

3. En efecto, por un lado, estas conclusiones son consistentes con el argumento expresado en los numerales 109 a 111 del Escrito de contestación, en los que Nestlé refirió:

a. Que, en la práctica, el ajustar los flujos futuros al valor presente no es un criterio extraño para la valoración de transacciones en asuntos de competencia económica (si bien, como se refiere en el ESCRITO DE NESTLÉ, en el presente caso no fue correcto que la ST haya sumado [REDACTED] B [REDACTED]).

b. Que, en efecto, la propia COFECE intentó en el pasado insertar este elemento como un criterio de valuación vinculante, específicamente, en el proyecto para modificar el artículo 15 de las DRLFCE sujeto a consulta pública en dos mil diecisiete (en él, la COFECE propuso insertar una norma con el siguiente texto: “En caso de transacciones cuya ejecución ocurre en el tiempo e involucra flujos de efectivo futuros, el análisis debe considerar el monto ajustado al valor presente”).

c. Que, sin embargo, no terminó de aprobarse el texto referido, presumiblemente derivado de las dudas que surgieron durante la consulta pública respecto a cuál tasa de descuento específica debía aplicarse en dicho ejercicio. De hecho, en el informe de la consulta pública, puntualmente la COFECE sostuvo que “Respecto del procedimiento de concentraciones no notificadas se realizarán cambios que permitan dotar de certeza a estas transacciones sin vulnerar la legalidad ni seguridad jurídica de los agentes económicos”. No obstante, dichas aclaraciones siguen pendientes (lo que perpetúa el estado de incertidumbre reconocido por la propia autoridad), pero muestran un reconocimiento de la razonabilidad de determinar si la operación superó el umbral o no, utilizando este enfoque.

4. En este contexto, las conclusiones del perito en actuaría prueban:

a. Que es técnicamente correcto lo sostenido por NESTLÉ en el numeral 107 de mi ESCRITO DE NESTLÉ, consistente en que resulta indebido que la ST se haya limitado a sumar el valor nominal de [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] B [REDACTED], dando como resultado que en el ACUERDO DE INICIO indebidamente se estime un monto totalmente desproporcionado de la LICENCIA DE MARCA: [REDACTED] B [REDACTED]

Eliminado: ochenta y siete palabras

b. Que es técnicamente correcto lo sostenido en el numeral 108 de mi ESCRITO DE NESTLÉ, en el sentido de que para calcular el valor de transacciones que se ejecutan a largo plazo y que involucran flujos de efectivo futuros, es necesario ajustar los flujos futuros al valor presente.

c. Que es técnicamente correcto el ejercicio realizado a manera de ejemplo en el numeral 112 del ESCRITO DE NESTLÉ, específicamente, el descuento a valor presente de las regalías mínimas pactadas en la LICENCIA DE MARCA, el cual muestra que la suma de B

montos que se encuentran por debajo del umbral de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, fracción que la ST empleó para iniciar el presente incidente y respecto de la cual ese Pleno habrá de pronunciarse. Nótese (i) que mediante la respuesta otorgada por el PERITO 1 a la pregunta 9, demostré que la Tasa Social de Descuento instruida por la Unidad de Inversiones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podría ser un indicador conservador del rendimiento mínimo para hacer inversiones, y (ii) que mediante la respuesta a la pregunta 10 proporcionada en ese mismo dictamen pericial, demostré en este expediente que aplicar la Tasa Social de Descuento de B prevaleciente en 2013 (dos mil trece), constituía un ejercicio sumamente conservador, pues a dicha tasa habría que sumar, según la respuesta a la pregunta 11, los puntos correspondientes a la incertidumbre asociada a la ejecución de la LICENCIA DE MARCA.

5. De ahí que se pueda concluir, como lo refiere el numeral 113 del ESCRITO DE NESTLÉ, que el ejercicio realizado en la página 25 del ACUERDO DE INICIO fue incorrecto, no solo por haberse empleado un criterio equivocado para calcular el valor de la operación (la suma de B en la LICENCIA DE MARCA es un método indebido, pues, como se ha acreditado, B, sino por ser indebida la ejecución de dicho criterio (al no calcular el valor presente de flujos futuros). Por lo tanto, lo procedente es cerrar el presente expediente sin imputar responsabilidad alguna a las imputadas.

C. De consideraciones que, no obstante haber sido abordadas con detalle en el ESCRITO DE NESTLÉ, es necesario retomar en los presentes alegatos, pues explican que el contexto y las circunstancias en que se inició este procedimiento viciaron su desarrollo y su eventual resolución final.

1. En términos de lo argumentado y probado en el presente expediente, el Pleno debe concluir que la operación no era notificable y, por tanto, que no es procedente sancionarme por un incumplimiento al artículo 20 de la LFCE Abrogada.

2. En efecto, además de lo expuesto en los apartados anteriores, los dictámenes rendidos por ambos peritos muestran que, ni el ejercicio mediante el cual el ACUERDO DE INICIO

Eliminado: noventa y un palabras

pretende asimilar la operación (particularmente la LICENCIA DE MARCA) a una adquisición de activos, ni la metodología para la cuantificación del valor de dicha operación empleada por la ST, son meros ejercicios de subsunción en los que esa COFECE esté aplicando normas preestablecidas para evaluar operaciones como la analizada bajo el presente expediente. Ni la normativa aplicable (LFCE 2012 y el RLFCE) ni la Guía para la Notificación de Concentraciones emitida por la extinta Comisión Federal de Competencia -aplicable en el dos mil trece, cuando la operación fue realizada- contemplaban conceptos y criterios que excluyeran la viabilidad técnica de emplear consideraciones contables y actuariales como las mostradas en los dictámenes. Al día de hoy tampoco existen tales criterios.

3. El contenido de los dictámenes muestra, por el contrario, que las conclusiones del ACUERDO DE INICIO constituyen una construcción *ex post* de criterios para delimitar los alcances de la obligación de notificar una concentración, criterios que, al momento de la firma de los contratos, era imposible anticipar. Lo anterior, como se dijo en el escrito de contestación, está prohibido por los principios de legalidad y tipicidad, con lo cual, lo procedente es que esa COFECE estime fundado el argumento plasmado en la sección D de la Segunda Parte del ESCRITO DE NESTLÉ.

4. Es importante insistir en que, tratándose de incidentes como el que nos ocupa, la aproximación jurídica a los criterios para estimar que una operación era notificable debe ser estricta (a diferencia de lo que sucede en procedimientos de notificación previa de concentraciones), pues dichos procedimientos incidentales se encuentran insertos en el contexto del derecho administrativo sancionador. En dicho contexto, el parámetro de lo sancionable es estrictamente lo establecido en normas vinculantes existentes de manera previa a la conducta que se sanciona, con independencia de la aproximación teórica que se estime válida y aplicable, pues así lo exige el principio de seguridad jurídica y, en definitiva, el sentido más elemental de justicia.

5. Asimismo, es preciso hacer notar que, ante la ausencia de criterios técnicos vinculantes, lo procedente era precisamente analizar la operación a la luz de las normas existentes (por ejemplo, las fiscales) y de los criterios relevantes en materia contable y financiera, por ser las herramientas disponibles al momento de celebrarse la operación. Esta interpretación es consistente con la obligación que tiene esa COFECE de interpretar el derecho de la manera más favorable a los derechos fundamentales del gobernado, en este caso, en relación con el principio de seguridad jurídica, a fin de estimar que, en ausencia de normas que guiaran su conducta, los ejercicios realizados de buena fe por los imputados son los admisibles.

6. Finalmente, tal como se refirió en la Sección N, inciso (b), de la Cuarta Parte del ESCRITO DE NESTLÉ, mi conducta previa muestra que es un buen ciudadano corporativo, respetuoso en todo momento de la obligación de notificación previa. Lo anterior, pone de manifiesto que la razón por la que hoy nos encontramos inmersos en el presente expediente es la falta de certeza jurídica para el análisis de operaciones atípicas, como la

que nos ocupa, aunado al contexto procesal que sugiere la necesidad de convalidar, mediante un pronunciamiento de responsabilidad en este procedimiento, las actuaciones de la diversa investigación por concentración ilícita sustanciada bajo el expediente 10-004-2016.

7. Tal necesidad se pone de manifiesto si se observa que la operación bajo escrutinio se cerró el quince de agosto de dos mil trece y que la diversa investigación bajo el expediente IO-004-2016 se inició hasta el treinta de agosto de dos mil dieciséis (esto es, tres años después del cierre). Con ello, dada la regla de que las concentraciones que no requieren ser previamente notificadas no pueden investigarse transcurrido un año de su realización, tenemos los siguientes escenarios:

a. Si el Pleno confirma la imputación que la ST hizo en el ACUERDO DE INICIO de este expediente, se entendería que la diversa investigación IO-004-2016 inició en tiempo y forma (lo cual bajo ningún motivo se consiente, dado que, en todo caso, la cuestión sobre la prescripción debía estar plenamente definida desde el acuerdo de inicio del expediente IO-004-2016, y no fue así).

b. Por el contrario, si el Pleno considera que la operación no era notificable, se concluiría necesariamente que, al momento del inicio del diverso expediente IO-004-2016, habían prescrito las facultades de la AI para tales efectos y, por tanto, dicha investigación IO-004-2016 tendría que cerrarse necesariamente.

8. Conforme a lo anterior, la resolución del presente asunto necesariamente causará un efecto dominó por cuanto a la validez de la investigación sustanciada en el expediente IO-004-2016. Por ello, el orden en que iniciaron los procedimientos genera incentivos a esa COFECE para fincarle responsabilidad en este expediente. En efecto, ante las consecuencias del segundo escenario explicado y en ausencia de garantías institucionales que (valga la redundancia) garanticen imparcialidad en situaciones como éstas, no es creíble que en el presente asunto esa COFECE esté en aptitud de adoptar una decisión objetiva e imparcial.

9. En consecuencia, el resultado del presente procedimiento está condicionado, prejuiciado y viciado de origen, lo que impide que esa COFECE se mantenga objetiva por lo que me respecta en esta controversia. Por ello, no existen las condiciones de imparcialidad que me garanticen un procedimiento justo, violándose con ello lo dispuesto en los artículos 10 de la LFCE y 28 de la CPEUM. Además, el presente procedimiento es ilegal porque se me vulneran las garantías a la legalidad y a la seguridad jurídica, como se acreditó en el curso del presente expediente y se manifestó desde el ESCRITO DE NESTLÉ.

10. La única alternativa a disposición de la COFECE para salvaguardar el principio de imparcialidad en el presente asunto era que, previo al inicio de la investigación IO-004-2016, se tramitara y resolviera en definitiva el presente procedimiento. Es decir, que el Pleno se pronunciara en forma definitiva y objetiva respecto del cumplimiento o no, por mi parte, de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió

hacerse, sin los incentivos asociados a convalidar una diversa investigación. Al no haberse tramitado los procedimientos de esta manera, se me deja en estado de absoluta indefensión pues, con independencia de los méritos técnicos de sus argumentos, se le prejuzga y condena a un resultado, también predeterminado, en función del contexto procesal en el que se desarrolló el presente asunto.

11. Por ello, el único resultado jurídicamente admisible en la resolución del presente expediente es que ese Pleno determine su cierre. En este momento procesal, es la única forma de garantizar imparcialidad, así como apego estricto de esa COFECE a la normatividad aplicable, salvaguardando el respeto de las garantías constitucionales concedidas a mi favor y del resto de las imputadas. Pero incluso, si este Pleno llegase a una conclusión diversa a la aquí planteada, se solicita que se consideren como elementos inapelables aquéllos planteados en las secciones “c. Se preservó la permanencia de las marcas en el mercado” y “d. Multa mínima” del numeral “N” del ESCRITO DE NESTLÉ.

Al respecto, los alegatos tienen por objeto que los agentes económicos expongan las razones de hecho y de derecho en defensa de sus intereses jurídicos, pretendiendo demostrar a quien resuelve que las pruebas desahogadas confirman su mejor derecho.²⁵³

Esta autoridad realizó un estudio pormenorizado de lo manifestado por NESTLÉ en sus alegatos, siendo que los mismos no alteran las conclusiones señaladas en la presente resolución, por lo que no se considera necesario plasmar en esta resolución las consideraciones respecto de cada uno de los argumentos referidos por NESTLÉ.

Lo anterior, en concordancia con lo sostenido por el Poder Judicial de la Federación en la Jurisprudencia P./J. 26/2018 (10a.) que establece lo siguiente:

“ALEGATOS EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. SI BIEN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN ESTUDIARLOS, NO NECESARIAMENTE DEBEN

²⁵³ Resulta aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por el P/JF: **“ALEGATOS DE BIEN PROBADADO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SU CONCEPTO, SIGNIFICADO Y CONFIGURACIÓN.** En todo procedimiento existen, generalmente, dos etapas perfectamente diferenciables: la de instrucción (que abarca todos los actos procesales) y la de conclusión o resolución; dividiéndose a su vez la instrucción en tres fases: postulatoria o expositiva (que permite instruir al juzgador en la litis a debate), probatoria (que tiene la finalidad de llegar al conocimiento objetivo de la controversia mediante los elementos que ofrecen las partes para acreditar sus posiciones contrapuestas, fase que cuenta con sus estadios de ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo) y preconclusiva, integrada por los alegatos o conclusiones de las partes. En ese orden de ideas, se advierte, aunque sea de una manera muy general, que los alegatos son las argumentaciones verbales o escritas que formulan las partes una vez concluidas las fases postulatoria y aprobatoria; en una acepción general, se traduce en el acto realizado por cualquiera de las partes mediante el cual se exponen las razones de hecho y de derecho en defensa de sus intereses jurídicos, pretendiendo demostrar al juzgador que las pruebas desahogadas confirman su mejor derecho y no así los argumentos y probanzas de su contraparte. En este sentido, alegar de bien probado significa el derecho que asiste a cada parte en juicio para que en el momento oportuno recapitule en forma sintética las razones jurídicas, legales y doctrinarias que surgen de la contestación de la demanda y de las pruebas rendidas en el juicio. Así, la exposición de alegatos en el juicio contencioso administrativo, no tiene una forma determinada en las leyes procesales, pero debe tenerse en cuenta que se configura con la exposición metódica y razonada de los hechos afirmados en la demanda, las pruebas aportadas para demostrarlos, el valor de esas pruebas, la impugnación de las pruebas aportadas por el contrario, la negación de los hechos afirmados por la contraparte, las razones que se extraen de los hechos probados, y las razones legales y doctrinarias que se aducen a favor del derecho invocado. [Énfasis añadido]”; Jurisprudencia I.7º.A. J/37; 9ª. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, abril de 2007; Página: 1341; Registro: 172838.

PLASMAR ALGUNA CONSIDERACIÓN AL RESPECTO EN LA SENTENCIA. En términos del artículo 181 de la Ley de Amparo, después de que hayan sido notificadas del auto admisorio de la demanda, las partes tendrán 15 días para formular alegatos, los cuales tienen como finalidad que quienes no ejercieron la acción de amparo directo puedan ser escuchados, al permitirseles formular opiniones o conclusiones lógicas respecto de la promoción del juicio de amparo, por lo que se trata de una hipótesis normativa que garantiza un debido proceso en cumplimiento a las formalidades esenciales del procedimiento que exige el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De esa forma, el debido proceso se cumple con brindar la oportunidad de manifestarse y el correlativo deber del tribunal de estudiar las manifestaciones, sin que ello pueda traducirse en una obligación de un pronunciamiento expreso en la sentencia, en tanto que no todo ejercicio analítico que realiza un órgano jurisdiccional respecto del estudio de las constancias debe reflejarse forzosamente en una consideración. Por todo lo anterior, el órgano jurisdiccional es el que debe determinar, en atención al caso concreto, si plasma en la resolución el estudio de los alegatos formulados por las partes, en el entendido de que en cumplimiento a la debida fundamentación y motivación, si existiera alguna incidencia o cambio de criterio a partir del estudio de dichos argumentos, sí resultaría necesario referirlo en la sentencia, como por ejemplo, el análisis de una causal de improcedencia hecha valer. Así, el ejercicio de esta facultad debe darse en cumplimiento al artículo 16 constitucional que ordena a las autoridades fundar y motivar sus actos, así como al diverso artículo 17 constitucional que impone una impartición de justicia pronta, completa e imparcial [énfasis añadido].”

Localización: Jurisprudencia P./J. 26/2018 (10a.); 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 60, noviembre de 2018; Tomo I; Pág. 5; Registro No. 2 018 276.

En relación con los alegatos presentados se observa que NESTLÉ medularmente expuso los mismos argumentos contenidos en su contestación al ACUERDO DE INICIO, y en virtud de que los mismos ya fueron atendidos en la presente resolución, por economía procesal ténganse por aquí reproducidas las respuestas correspondientes en aras de evitar repeticiones innecesarias.

SÉPTIMA. ACREDITACIÓN DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

Una vez analizados los argumentos de los agentes económicos contenidos en sus escritos de manifestaciones y valoradas las pruebas que obran en el EXPEDIENTE, se concluye que existen elementos de convicción suficientes para acreditar la omisión de NESTLÉ, SDEP, NESTEC e INNOVACIÓN de notificar una concentración, cuando legalmente debió hacerse, en términos de la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012, en relación con los artículos 18, fracción IV, y 19 del RLFCE.

7.1 Respetto de la existencia de una concentración

INNOVACIÓN, NESTLÉ, SDEP y NESTEC llevaron a cabo una concentración a través de una sucesión de actos jurídicos celebrados entre el diecinueve de julio y el quince de agosto de dos mil trece, la cual consiste en la concentración por parte de INNOVACIÓN de los siguientes activos:

- (i) Activos productivos [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED];

Eliminado: dieciocho palabras

- (ii) Activos intangibles [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED];
- (iii) Activo intangible B [REDACTED]
[REDACTED]; y
- (iv) Activos intangibles B [REDACTED]
[REDACTED]

La operación constituye una concentración en términos de lo que establece el artículo 16 de la LFCE 2012, al tratarse de un acto por virtud del cual se concentraron activos en general entre competidores.

7.2 Respetto de la actualización de los umbrales del artículo 20 de la LFCE 2012

La operación supera el umbral previsto en la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 en virtud de que la adquisición por parte de INNOVACIÓN de los activos tangibles e intangibles de NESTLÉ, SDEP y NESTEC señalados importó en la República Mexicana [REDACTED] B [REDACTED] monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal en dos mil trece, esto es, \$1,165,680,000.00 (mil ciento sesenta y cinco millones seiscientos ochenta mil pesos 00/100 M.N.).

De manera específica, como se señaló en el ACUERDO DE INICIO, la sucesión de actos que dieron origen a la operación importaron, al menos, las siguientes cantidades:

B	
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

²⁵⁴ El Anexo 2.1 (a) de la LICENCIA DE MARCA contempla las marcas denominadas " [REDACTED] B [REDACTED] entre otras. Folio 581.

²⁵⁵ El Anexo 2.1 (b) de la LICENCIA DE MARCA contempla las marcas denominadas [REDACTED] B [REDACTED] B [REDACTED] Folios 582 a 584.

²⁵⁶ El Anexo 2.1 (c) que contempla [REDACTED] B [REDACTED] Folio 585.

7.3 Respecto de la actualización de lo establecido en el artículo 18 del RLFCE

7.4 Respecto de los agentes económicos que participaron directamente en la concentración

OCTAVA. SANCIÓN

174

Como se ha señalado, es una obligación de los agentes económicos notificar las concentraciones que rebasen los umbrales monetarios establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012, previamente a que se actualice cualquiera de los supuestos del artículo 21 de dicho instrumento normativo.

En este sentido, el bien jurídico tutelado por la LFCE es promover y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica y las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. En este sentido, el procedimiento que regula el análisis de concentraciones consiste en que la autoridad de competencia cumpla el mandato establecido en dicha ley y ejerza sus facultades para analizar una concentración antes de que se realice, cumpliendo de esta manera su función preventiva en materia de concentraciones.²⁵⁸

36 DE LA LEY DE LA MATERIA ABROGADA, QUE DEBE TOMAR EN CUENTA AL INDIVIDUALIZAR LAS MULTAS QUE IMPONGA. El principio de *lex certa*, implica que tanto las sanciones como la metodología para aplicarlas deben preverse con un grado de precisión que prive al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley. Así, cuando la norma habilitante en derecho administrativo sancionador da pauta para muy amplias elecciones del operador, la aplicación del principio aludido exige la más completa, adecuada y precisa motivación, que puede estar acompañada de la emisión de reglas o principios que, a manera de autorregulación, gobiernen la elección, a efecto de reducir márgenes de arbitrio que puedan trascender en incertidumbre y contrariar el mandato de tipificación. En efecto, es un tema explorado en el derecho regulatorio, que si la delegación de facultades por el legislativo es ambigua, abierta o indeterminada, la agencia correspondiente queda facultada, merced a ello, para emitir disposiciones conducentes con el fin de acometer sus funciones. En este sentido, conviene destacar que la norma habilitante para que la Comisión Federal de Competencia Económica lleve a cabo su cometido en el tema de aplicar sanciones, es el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada, lo que incluye definir y prever detalladamente, cómo calibrar los elementos contenidos en este precepto, a efecto de adjudicar consecuencias respecto de todos y cada uno de éstos; sin embargo, como esa disposición no describe algún método ni da pautas para conceptualizar, determinar ni concretar cada uno de los factores previstos para individualizar las multas que aquélla imponga; ante tal laguna normativa sobre reglas o metodología, la solución debe buscarse en invocar y aplicar las mejores prácticas, así como referencias estadísticas basadas en un amplio arbitrio, correspondiendo al órgano regulador mencionado construir la regulación pertinente para conseguir ese propósito con el mayor grado de previsibilidad, a manera de complementar e instrumentar las condiciones de motivación. En consecuencia, al ser indiscutible la potestad conferida a la autoridad señalada para evitar, reprimir y sancionar severamente y con eficacia las prácticas monopólicas, a la par de que no existen lineamientos o un método específico para determinar ni concretar los aspectos cualitativos y cuantitativos de las infracciones sancionables, opera la regla que prescribe: a menor regulación se confiere mayor discrecionalidad y viceversa.” Registro No. 2 015 652; Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 48, noviembre de 2017; Tomo III; Pág. 1995. I.Io.A.E.218 A (10a.).

²⁵⁸ Al respecto resultan relevantes los criterios del PJJ que a continuación se mencionan: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. EN TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL RELATIVA ABROGADA, LAS CONCENTRACIONES REQUIEREN DE UN ANÁLISIS EX ANTE PARA SU AUTORIZACIÓN.** La política regulatoria en materia de competencia económica se caracteriza por ser el conjunto de actuaciones públicas tendentes a la observancia y seguimiento del sector, a la supervisión de las empresas reguladas, a la adjudicación de derechos y la concreción de sus obligaciones, a la inspección de la actividad, así como a la resolución de conflictos, entre otros aspectos. Así, la concentración de agentes económicos se encuentra regida por disposiciones de naturaleza económica-regulatoria, en la medida en que su realización está condicionada a la autorización (sanción) que emita la administración pública, a partir del análisis de diversos elementos, como son el poder que los involucrados ejerzan en el mercado relevante, el grado de concentración y sus efectos, la participación de otros agentes económicos, la eficiencia del mercado, así como otros criterios e instrumentos analíticos previstos en las disposiciones regulatorias y en otros criterios técnicos. De acuerdo con lo anterior, el análisis para la autorización de concentraciones en términos de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada, requiere de un componente económico cuya metodología se basa en un análisis ex ante, el cual considera las consecuencias dinámicas que las decisiones actuales generarán en la actividad futura de los agentes económicos en el mercado de que se trate, a diferencia del tradicional análisis legal dirigido a la solución de controversias, el cual parte de una perspectiva ex post, en la cual la decisión judicial de casos atiende a eventos pasados.” Tesis Aislada, Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Materia

El artículo 35, fracción VII, de la LFCE 2012 prevé la imposición de una sanción consistente en una multa hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse.

Por su parte, el artículo 36 de la LFCE 2012 prevé diversos elementos objetivos y subjetivos que deben ser considerados para efectos de determinar el monto de la multa:

“Artículo 36.- 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 [énfasis añadido].”

Para la imposición de la multa debe atenderse al principio de proporcionalidad²⁵⁹ en la imposición de sanciones,²⁶⁰ debiendo considerarse los siguientes elementos:

Administrativa. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 23, Octubre de 2015, Tomo IV, Tesis: I.1o.A.E.83 A (10a.) Página: 3830. Registro: 2010173.

²⁵⁹ En este sentido, véase la siguiente tesis, cuyo texto señala: **“RECARGOS Y SANCIONES. SU PROPORCIONALIDAD Y EQUITAD 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 [énfasis añadido]”. Tesis Aislada P. C/98; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, diciembre de 1998; Pág. 256; Registro: 194943.

²⁶⁰ En este sentido, resultan aplicables por analogía los siguientes criterios: i) **“PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SU ESTUDIO DEBE LLEVARSE A CABO ATENDIENDO A LOS NIVELES ORDINALES Y NO A LOS CARDINALES O ABSOLUTOS DE SANCIÓN.** Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte la complejidad de establecer un sistema de proporcionalidad de las penas que obedezca a una lógica estricta de proporcionalidad en términos de niveles cardinales o absolutos de sanción, propia de la corriente retribucionista, es decir, un sistema en el que se distribuye la pena de acuerdo con principios de justicia derivados de las intuiciones compartidas por la comunidad. Así, de acuerdo con este modelo, la sociedad y el legislador deben asegurarse de que el delincuente reciba la pena que lo sitúe en el puesto cardinal que le corresponde en atención a su culpabilidad exacta, de conformidad con las definiciones soberanas. Sin embargo, esta concepción es criticable porque puede derivar en resultados que, si bien reflejan las intuiciones de justicia de la comunidad, pueden ser injustos medidos con el baremo de una verdad trascendente en términos de justicia, debido al elevado nivel de subjetividad que implica. Por el contrario, resulta más adecuado hacer un juicio de proporcionalidad de las penas en términos de una lógica de niveles ordinales, es decir, realizar el análisis a partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo a la escala prevista por el legislador en grandes

- a) La finalidad de la sanción es fundamentalmente disuasiva;
- b) La sanción debe atender a criterios objetivos y subjetivos;
- c) El monto de las sanciones administrativas debe ser determinado, en principio, atendiendo a elementos objetivos, como la afectación a las atribuciones de esta COFECE;
- d) Los elementos subjetivos deberán ser considerados para individualizar la sanción de que se trate, atenuándola o agravándola, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada uno de los entes sancionados, como son los indicios de intencionalidad; y
- e) En todo caso, los elementos que integran la evaluación de la sanción deben ponderarse en su conjunto con la finalidad de determinar la gradación de la sanción.

Señalado lo anterior, se procede al análisis de los elementos referidos a efecto de determinar el monto de la multa que corresponde, tomando en consideración lo previsto en el artículo 36 de la LFCE 2012.

renglones, para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada. De este modo, es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas, se sale de ese orden y se le asigna una pena superior; además, este modelo ofrece ventajas, como que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté correspondientemente graduada. [énfasis añadido]". Registro: 2007341 [T.A.]; 10a. Época; Primera Sala; SJF y su Gaceta; I, septiembre de 2014; Pág. 589; ii) "**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 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 [énfasis añadido]". Tesis aislada 2a. XX/2009; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, marzo de 2009; Pág. 477; Registro: 167635; y iii) "**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 [énfasis añadido]". Jurisprudencia P./J. 9/95; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, julio de 1995; Pág. 5; Registro: 200347.

8.1 Gravedad de la infracción

Para determinar el nivel de gravedad de la conducta es necesario atender al bien jurídico que protege la norma. Al respecto debe tenerse en cuenta que la LFCE es el ordenamiento reglamentario del artículo 28 constitucional, el cual ha sido declarado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de orden público e interés social, por lo que interesa a la sociedad en general que la COFECE realice su labor de prevención de las conductas que puedan restringir el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.²⁶¹

En aras del cumplimiento de su objeto, la LFCE no sólo establece normas prohibitivas o imperativas, sino también prevé atribuciones que permiten a la autoridad ejercer funciones de naturaleza preventiva para proteger el funcionamiento eficiente de los mercados.

Entre los principales instrumentos previstos en la LFCE se encuentra la obligación de los particulares de notificar las concentraciones que rebasen los umbrales establecidos en el artículo 20 de la LFCE 2012, previamente a que se actualice cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 18 del RLFCE. Dicho procedimiento permite evitar las dificultades y los costos que conlleva investigar y en su caso, sancionar las concentraciones cuyo efecto sea disminuir, dañar, o impedir la competencia económica y la libre concurrencia. Su incumplimiento afecta las atribuciones de la COFECE para realizar un análisis *ex ante* de los efectos que podría tener una concentración en el mercado. El hecho de que no se realice dicho análisis de manera previa conlleva riesgos importantes a la competencia y libre concurrencia, pues podrían existir consecuencias que afecten los mercados y en la economía nacional, y en última instancia a los consumidores, que de haber sido estudiadas antes de su realización serían evitadas. Lo anterior cobra relevancia al considerar que la CPEUM, en su artículo 28, indica que “*las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el*

²⁶¹ Sirve de apoyo la jurisprudencia **SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. NO PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PARA INVESTIGAR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PORQUE DE OTORGARSE SE AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y SE CONTRAVENDRÍAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO.**

Es improcedente conceder la suspensión solicitada en contra de los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en ejercicio de sus atribuciones previstas en los artículos 24, fracción I y 31, primer párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, dirigidas a investigar prácticas que pueden resultar monopólicas, en virtud de no satisfacerse el requisito contemplado en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, consistente en que no se afecte el interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. Lo anterior porque la ley citada en primer lugar, conforme a su artículo 1o., es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por ende, de orden público e interés social, por lo que al ser su fin principal proteger el proceso de libre concurrencia en todas las áreas de la economía nacional, mediante la prevención, sanción y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás sistemas que afecten el expedito funcionamiento del mercado, obligando al público consumidor a pagar precios altos en beneficio indevido de una o varias personas, los indicados requerimientos no son susceptibles de suspenderse, porque de lo contrario se permitiría a las quejas dejar de proporcionar los informes y documentos requeridos, con lo cual se harían nugatorias las facultades relativas y se paralizaría el procedimiento de investigación respectivo.”

[énfasis añadido]. Jurisprudencia 2a/J.37/2004; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX Abril de 2004; Pág. 447, Registro: 2a/J. 37/2004.

alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

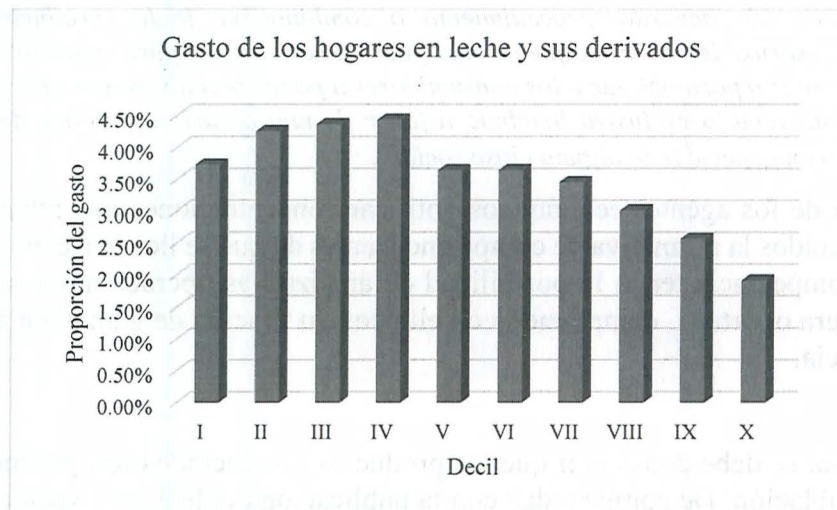
Es una obligación de los agentes económicos notificar concentraciones que rebasen los umbrales monetarios establecidos la normativa de competencia antes de que se lleven a cabo, de tal forma que la autoridad de competencia tenga la posibilidad de analizar las operaciones y su impacto en los mercados de manera oportuna, cumpliendo con ello con su función de garantizar la competencia y la libre competencia.

En el presente caso, se debe considerar que los productos involucrados son productos de consumo masivo entre la población. De conformidad con la publicación del Instituto Nacional de Estadística y Geografía denominada El Sector Alimentario en México 2014,²⁶² en México existían diez mil novecientas veintiún unidades económicas dedicadas a la elaboración de productos lácteos, entre los cuales se encuentran el yogur y el queso. Estas unidades económicas tenían una producción bruta total anual de más de ciento trece mil millones de pesos para el año dos mil ocho.

Para el año dos mil doce,²⁶³ los hogares mexicanos destinaron, en promedio, el dos punto noventa y ocho por ciento (2.98%) de su gasto corriente monetario en leche y sus derivados, entre los que se encuentran el yogur y el queso. De manera específica, **los deciles de hogares más bajos destinan una mayor proporción de su ingreso al gasto en leche y sus derivados**, tal como se observa a continuación:

²⁶² Dicha publicación se encuentra visible en la siguiente dirección electrónica:
http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/SAM/702825066574.pdf

²⁶³ Ídem.



Aunado a lo anterior, del gasto corriente monetario en alimentos y bebidas consumidos dentro de los hogares mexicanos, para el año dos mil doce, la leche y sus derivados representaban el once punto cuatro por ciento de ese gasto (11.4%), constituyéndose como el tercer principal gasto en alimentos y bebidas solo detrás de las proteínas animales y las frutas y verduras.

En conclusión, atendiendo a la función preventiva del sistema de concentraciones, comprometida en este caso, y al tipo de productos involucrados, que son de consumo masivo, se considera que la **gravedad es media**. Sin embargo, dicha gravedad será modulada en función de los apartados siguientes.

8.2 Indicios de intencionalidad

Se considera que existen indicios de que la conducta de los infractores fue intencional²⁶⁴

De acuerdo con los elementos que obran en el expediente y que han sido analizados en la presente resolución, los infractores participaron en los diversos actos jurídicos que generaron la concentración y tuvieron pleno conocimiento de los montos que importaba la misma. Por lo que toca a la LICENCIA DE MARCA, este instrumento contenía el [REDACTED] B, que era posible calcular y conocer de forma cierta desde ese momento. Por lo anterior, los involucrados sabían o debían haber sabido que era su obligación acudir a la COFECE a notificar la operación de manera previa.

Asimismo, en el caso de NESTLÉ cabe destacar que dicho agente ha asistido anteriormente a esta COFECE (por ejemplo en el expediente CNT-035-2012) a notificar otras operaciones, tal como este agente económico lo reconoce en su escrito, por lo que se considera que tenía plena certeza de la

²⁶⁴ Si bien los empleados señalaron que no existían indicios de intencionalidad (en el caso de NESTLÉ indicó que no tenía incentivos para omitir el cumplimiento de la obligación de notificar e Innovación indicó que actuó de buena fe en la celebración de un acto mercantil que no sabía que rebasaba umbrales), lo cierto es que del análisis del expediente es posible considerar que la conducta fue intencional, en los términos expuestos en esta resolución.

existencia de la obligación de notificar una concentración. Esto es, la operación analizada en este procedimiento, aunado al rebase de los umbrales, implicó la transmisión del negocio [REDACTED] a favor de INNOVACIÓN; circunstancias hacen suponer que resultaría natural para los involucrados acudir a esta COFECE, como de hecho lo hicieron anteriormente.

De esta manera, se considera que los infractores llevaron a cabo la operación intencionalmente, sin haberla notificado previamente a esta COFECE, a pesar de que conocían el importe de la misma, así como la obligación de notificarla de conformidad con la LFCE 2012. Esto, aunado a los elementos de convicción que obran en el expediente, permiten concluir que el actuar de los infractores obedeció esencialmente a una falta de cuidado al momento de determinar si notificaban o no la operación.

Por último, cabe señalar que NESTLÉ hizo referencia mediante sus manifestaciones a diversos antecedentes en materia de notificación de concentraciones en los que tanto éste como diversos miembros de su GIE han participado.²⁶⁵

8.3 Duración de la práctica o concentración

A efecto de determinar la duración en términos del artículo 36 de la LFCE 2012, se tomará en cuenta el tiempo que transcurrió entre el perfeccionamiento de la operación, ocurrido entre el quince de agosto de dos mil trece, y el inicio de este procedimiento, ocurrido el doce de marzo de dos mil dieciocho, arrojando un total de 1,670 días (mil seiscientos setenta días).

En atención a ello, esta circunstancia debe considerarse como un elemento que impidió el ejercicio de atribuciones preventivas de la COFECE en materia de análisis de concentraciones. Así, la COFECE estuvo impedida por 1,670 días de conocer si la concentración que se llevó a cabo sin autorización previa, ocasionaba un daño a la competencia y libre concurrencia para, en su caso, imponer las condiciones que correspondieran.

8.4 Daño causado²⁶⁶

El ACUERDO DE INICIO no contiene una imputación respecto a la realización de una concentración que tuviera por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes y servicios iguales, similares o substancialmente relacionados. En este sentido, dado que la presente resolución únicamente versa sobre la omisión de notificar una concentración

²⁶⁵ A respecto, NESTLÉ manifestó lo siguiente: “el historial de Grupo Nestlé notificando concentraciones muestra su buena voluntad y respeto a la legislación de competencia económica, incluso en aquellos casos en los que la concentración resulta sujeta a condiciones. Tal es el caso de los expedientes siguientes (la información de estas operaciones fue proporcionada por mi Representada al ST en el curso de este expediente): [...] Lo anterior, se debe de considerar como un factor atenuante para la individualización de la multa en términos del artículo 36 de la LFCE Abrogada, suponiendo sin conceder que se determine la responsabilidad de Nestlé”. Manifestaciones que resultan incorrectas, en atención a que, como se indica en el cuerpo de la resolución, la reincidencia es un factor que únicamente permite determinar si procede duplicar el monto de la multa y no atenuarla, como pretende NESTLÉ.

²⁶⁶ NESTLÉ e INNOVACIÓN manifestaron que debía considerarse que la concentración no generó un daño al proceso de competencia; sin embargo, como se apunta en el presente apartado, los productos involucrados en la operación tienen una gran importancia en el sector alimentario del país, por lo que la falta de notificación de la concentración generó un daño consistente en el riesgo que experimentó el sector ante la salida de un competidor sin una previa evaluación de los efectos que dicho acto tendría.

antes de su realización, no es pertinente la estimación de un daño, circunstancia que en todo caso será considerada para la individualización de la sanción que corresponde a cada infractor.

8.5 Participación de los infractores en los mercados y tamaño del mercado afectado

En cuanto a la participación del infractor en los mercados y el tamaño del mercado afectado, se indica que en el presente caso no es pertinente el estudio de estos elementos, por las mismas razones señaladas en el apartado de “*Daño causado*”, relativas a que la sanción deriva de la omisión de notificar la operación y no de una concentración ilícita.

8.6 Reincidencia o antecedentes de los infractores

En los archivos de la COFECE no se tienen antecedentes de infracciones cometidas por INNOVACIÓN o NESTLÉ, por lo que en el presente caso se considera que no es aplicable lo que señala el artículo 35 de la LFCE en el sentido de duplicar el monto de la multa que correspondería a la conducta desplegada.²⁶⁷

8.7 Capacidad económica

El artículo 36 de la LFCE 2012 establece la obligación de esta COFECE de considerar la capacidad económica del infractor al imponer e individualizar la sanción correspondiente.

En el ACUERDO DE INICIO se requirió a los agentes económicos a los cuales se les dio vista, para que dentro de un plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que surtiera efectos la notificación de dicho acuerdo, presentaran sus estados financieros de los últimos cinco ejercicios fiscales y las declaraciones anuales de impuestos correspondientes a los ejercicios fiscales dos mil doce a dos mil diecisiete, a efecto de que esta COFECE pudiera verificar su capacidad económica, bajo el apercibimiento que de no hacerlo así, se presumiría que cuentan con la capacidad económica necesaria para hacer frente a la sanción que corresponda.

INNOVACIÓN sólo presentó los estados financieros de dos mil trece a dos mil dieciséis y su declaración anual correspondiente al dos mil trece, la cual fue presentada de forma incompleta. Asimismo, SDEP y NESTEC no presentaron sus estados financieros ni sus declaraciones anuales de impuestos. En consecuencia, mediante acuerdo emitido por la titular de la DGAJ el cinco de octubre de dos mil dieciocho en el EXPEDIENTE, se hizo efectivo el apercibimiento referido, por lo que se presume que INNOVACIÓN, SDEP y NESTEC cuentan con la capacidad económica necesaria para

²⁶⁷ Al respecto, la SCJN ha determinado, respecto al elemento “*Reincidencia o antecedentes del infractor*” previsto en el artículo 36 de la LFCE que “*Este elemento se encuentra directamente relacionado con el artículo 35 de la ley de la materia, donde se prevé que en caso de reincidencia, se podrá duplicar la multa impuesta. La lógica subyacente es, por supuesto, que la multa simple no genera incentivos de cumplimiento legal y por lo tanto es necesario duplicarla, no obstante puede haber agentes cuyas ganancias esperadas por un acto que viole la ley de la materia superen cualquier límite de multa*”. Véase el amparo en revisión 624/2012 resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en sesión de ocho de abril de dos mil quince.

hacer frente a las sanciones que correspondan, según se individualiza más adelante realizándose la estimación con los documentos que obran en este expediente.

Por otro lado, la capacidad económica de NESTLÉ, es decir, su capacidad actual para hacer frente a la sanción que se le pudiera imponer es de B

268

8.8 Multa máxima

En términos del artículo 35, fracción VII, de la LFCE 2012 la multa se impondrá sobre los ingresos acumulables del infractor para los efectos del impuesto sobre la renta del último ejercicio fiscal en el que se haya incurrido en la conducta ilícita, tal como se advierte a continuación:

“Artículo 35. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

[...]

VII. Multa hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse;

[...]

Los ingresos señalados en las fracciones IV, V, VI, VII, VIII, XI, XII y XIII serán los acumulables para el agente económico directamente involucrado, excluyendo los obtenidos de una fuente de riqueza ubicada en el extranjero, así como los gravables si éstos se encuentran sujetos a un régimen fiscal preferente, para los efectos del Impuesto Sobre la Renta del último ejercicio fiscal en que se haya incurrido en la infracción respectiva. De no estar disponible, se utilizará la base de cálculo correspondiente al ejercicio fiscal anterior. [énfasis añadido] [...]

En este caso, de la información que se encuentra en el EXPEDIENTE, se advierte que los ingresos acumulables de NESTLÉ e INNOVACIÓN para los efectos del impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal que corresponde al año de dos mil trece, ejercicio fiscal en el que se acreditó la conducta ilícita, así como el monto máximo de la multa correspondiente, equivalen a:

Agente económico	Ingresos acumulables para 2013	Monto máximo de la multa (5%)
NESTLÉ	B	B
INNOVACIÓN	B	B

De lo anterior, se concluye que NESTLÉ cuenta con capacidad económica suficiente para hacer frente a la sanción que se imponga con fundamento en el artículo 35, fracción VII, de la LFCE 2012. Por lo que hace a INNOVACIÓN, se presumirá que cuenta con la capacidad económica necesaria para hacer frente a la sanción correspondiente.

Por último, el artículo 35 bis, fracción III, de la LFCE 2012 prevé que aquellos agentes que no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables para efectos del impuesto sobre la renta, les será aplicable una multa de hasta por el equivalente a cuatrocientas mil veces el salario

²⁶⁸ De acuerdo con el total de ingresos acumulables de la declaración anual de impuestos correspondiente al ejercicio fiscal de dos mil diecisiete presentada por NESTLÉ en el EXPEDIENTE, folio 2397.

²⁶⁹ Folio 2397.

²⁷⁰ Folio 2922.

mínimo general vigente para el Distrito Federal, para la infracción a que se refiere la fracción VII del artículo 35 del mismo ordenamiento.

En este sentido, la “Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos que fija los salarios mínimos generales y profesionales vigentes a partir del 1 de enero de 2013”,²⁷¹ estableció el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal durante dos mil trece en \$64.76 (sesenta y cuatro pesos 76/100 M.N.), año en el que se acreditó la conducta ilícita. En consecuencia, el monto máximo de la multa a imponer a NESTEC y SDEP es de \$25,904,000.00 (veinticinco millones novecientos cuatro mil pesos 00/100 M.N.).²⁷²

8.9 Individualización de la multa

La conducta realizada actualiza la fracción VII del artículo 35 de la LFCE 2012, según se ha señalado. El análisis de cada uno de los elementos establecidos en el artículo 36 de la LFCE 2012 permite concluir que la omisión de notificar la concentración cuando legalmente debía hacerse al actualizar la fracción I del artículo 20 de la LFCE 2012 por parte de los infractores, fue de gravedad media, intencional e implicó una omisión que se prolongó por 1,670 días y que en definitiva comprometió el sistema preventivo de concentraciones en lo que toca a la transacción descrita. Por otra parte, se considera también, únicamente para efectos de la presente resolución, que no existe una imputación por posibles daños en el mercado. En este orden de ideas, para individualizar la sanción se consideran en conjunto todos los elementos a que hace referencia el artículo 36 de la LFCE 2012 a la luz de los hechos concretos.

Para tener una base razonable respecto de la multa a imponer, se realiza en beneficio de los agentes infractores un cálculo del riesgo que se generó por el hecho de incumplir con la notificación de la transacción antes de su realización. El análisis presentado a continuación únicamente se realiza para estimar el riesgo mencionado. Como se verá más adelante, esta estimación proporciona un parámetro razonable y proporcional para imponer la sanción, sobre todo considerando que la gravedad es media y considerando el porcentaje respecto de la multa máxima finalmente impuesto a cada infractor.

Conforme a datos de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación,²⁷³ para dos mil trece, se produjeron seiscientos cuarenta y siete mil ciento once (647,111) toneladas de yogur en diversas formas (con frutas o cereales, para beber y licuados) con un valor de once mil ochocientos setenta y siete millones novecientos doce mil pesos (\$11,877,912,000.00). Por su parte, para ese mismo año, la producción de queso en México ascendió

²⁷¹ Publicada en el DOF el veintiuno de diciembre de dos mil doce.

²⁷² A respecto, NESTLÉ manifestó lo siguiente: “la práctica decisoria histórica consideraba como monto de sanción a imponer a agentes económicos en estos asuntos una multa cuantificada equivalente al doble del monto del pago de derechos por el análisis de una concentración, - destacando que dicha práctica común histórica fue acogida por el legislador en el artículo 127 fracción VIII de la LFCE vigente, demostrando una correcta aplicación de dicho criterio”. De acuerdo con las mismas manifestaciones de Nestlé, la legislación que señala no es la aplicable para el presente procedimiento.

²⁷³ http://infosiap.siap.gob.mx/opt/boletlech/B_de_Leche_abril-junio_2016%20.pdf

a trescientas quince mil quinientos cincuenta y cinco toneladas (315,555) con un valor de catorce mil ciento siete millones ciento doce mil pesos (\$14,107,112,000.00).²⁷⁴

Por su parte, tanto INNOVACIÓN, a través de LALA, como NESTLÉ,²⁷⁵ con las marcas **B**, participan en la producción y comercialización de yogur y queso, con las siguientes participaciones:²⁷⁶

Participación de mercado nacional en yogur por valor de ventas Julio de 2013	
Agente económico	Participación (%)
Danone	B
Lala	B
Sigma	B
Yakult	B
Nestlé	B
Alpura	B
Otros	B

Participación de mercado nacional en queso manchego por valor de ventas Mayo 2015 ²⁷⁷	
Agente económico	Participación (%)
Sigma	B
Lala	B
Nestlé	B
Qualtia Alimentos (Caperucita)	B
Esmeralda	B
Alpura	B
Otros	B

²⁷⁴ NESTLÉ solicitó que fuera considerado que a **B**

²⁷⁵ NESTLÉ manifestó que debía considerarse como una atenuante el hecho de que sus participaciones eran pequeñas; sin embargo, al considerar las participaciones de mercado que pudieron derivar de la falta de notificación de la concentración, sin que mediara un análisis previo de sus efectos, es patente que INNOVACIÓN se consolida como el segundo participante en el mercado.

²⁷⁶ Folio 2091.

²⁷⁷ Debido a que se trata de las participaciones de mayo de dos mil quince únicamente se considerará la participación de NESTLÉ, pues en principio, ésta ya debería computarse dentro de las participaciones de INNOVACIÓN.

De lo anterior se observa que, tanto NESTLÉ, con las marcas [REDACTED] B [REDACTED], como LALA, directamente o a través de INNOVACIÓN, participan en los mercados de yogur y queso y que, en ambos mercados, LALA es el segundo competidor más importante. Por su parte, NESTLÉ ocupaba el quinto lugar por valor de ventas en el mercado de yogur y, el tercer lugar, con una participación apenas inferior a la de LALA en el mercado de queso manchego.²⁷⁸

Por otra parte, de acuerdo con la “Metodología para la elaboración de evaluaciones ex ante de la COFECE”, la afectación que sufre el precio de un producto en un año, derivado de una concentración se ubica en el 1% (uno por ciento) del tamaño del mercado relevante.²⁷⁹

Si bien en el presente caso, el objeto de este procedimiento no lo constituyen en sí mismos los efectos adversos al proceso de competencia, lo cierto es que el incumplimiento a la obligación de notificar la concentración actualiza un riesgo en el mercado, el cual constituye un daño potencial derivado de la falta de evaluación de los efectos de la concentración. Es decir, al no revisar en forma previa la presente concentración, se generó un riesgo para el mercado.

A efecto de determinar la magnitud del riesgo creado, es necesario considerar el tamaño del mercado y la participación de los involucrados en la concentración dentro del mismo, así como el tiempo transcurrido entre la fecha en que se celebró la concentración y el inicio del presente procedimiento.

Mercado	Ventas del mercado	Suma de participaciones	Duración (días)	Riesgo ²⁸⁰
Yogurt	[REDACTED]	B	1670	B
Queso	[REDACTED]	B	1670	B

En atención a lo anterior, es posible considerar que el riesgo derivado de la concentración alcanza un monto de [REDACTED] B [REDACTED]

[REDACTED] Dicha cantidad corresponde al uno por ciento (1%) de las ventas derivadas de los productos en los que pudiera existir un traslape derivado de la concentración. La historia reciente de los últimos cinco años en la COFECE revela que el cuatro por ciento (4%) de las concentraciones analizadas son objetadas o autorizadas con condiciones. De esta manera, tomando en cuenta este número y la estimación del uno por ciento (1%) de daño al mercado, es posible estimar *ex-ante* el daño potencial derivado de esta concentración. En el caso que nos ocupa, esta estimación asciende aproximadamente a [REDACTED] B [REDACTED] que puede considerarse como el riesgo que se generó al omitir la notificación.

Por tanto, se considerará como parámetro para la sanción correspondiente, [REDACTED] B [REDACTED] generado para INNOVACIÓN [REDACTED] B [REDACTED] NESTLÉ, NESTEC y SDEP, [REDACTED] B [REDACTED] entre los miembros del Grupo Nestlé imputados en el presente asunto, lo cual da los resultados siguientes.

²⁷⁸ La de queso manchego fue la única participación de mercado aportada por NESTLÉ.

Se puede calcular, de forma conservadora, que la omisión de notificar habría generado un riesgo que puede estimarse en B

En este aspecto, dicho riesgo se habría generado por un lado, por INNOVACIÓN y, por otro, por NESTLÉ, NESTEC y SDEP.

Agente económico		Riesgo atribuido
INNOVACIÓN		B
Grupo Nestlé	NESTLÉ	B
	NESTEC	B
	SDEP	B

En consecuencia, con base en los elementos analizados y por su responsabilidad al haber omitido la notificación de la operación, previo a su realización, pese a la obligación prevista en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, de conformidad con el artículo 35, fracción VII, de dicho ordenamiento, y atendiendo a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad **se impone a NESTLÉ una multa de \$1,320,428.91 (un millón trescientos veinte mil cuatrocientos veintiocho pesos 91/100 M.N.),** que equivale al B de la multa máxima prevista para este agente económico para estas conductas.

Asimismo, con base en los elementos analizados, por su responsabilidad al haber omitido la notificación de la operación, pese a la obligación prevista en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, de conformidad con el artículo 35, fracción VII, de dicho ordenamiento, y atendiendo a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad **se impone a INNOVACIÓN una multa de \$3,961,286.73 (tres millones novecientos sesenta y un mil doscientos ochenta y seis pesos 73/100 M.N.),** que corresponde al B de la multa máxima prevista para este agente económico para estas conductas.

En virtud de que SDEP no declaró o no se le han determinado ingresos acumulables para efectos del impuesto sobre la renta y se acreditó su responsabilidad al haber omitido la notificación de la operación, previo a su realización, pese a la obligación prevista en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, de conformidad con el artículo 35, fracción VII, de la LFCE 2012, en relación con el artículo 35 bis, fracción III, de dicho ordenamiento, y atendiendo a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad **se impone a SDEP una multa equivalente a 20,389.58 (veinte mil trescientas ochenta y nueve punto cincuenta y ocho) veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil trece, la cual asciende a \$1,320,428.91 (un millón trescientos veinte mil cuatrocientos veintiocho pesos 91/100 M.N.),** que equivale al 5.10% (cinco punto diez por ciento) de la multa máxima prevista para este agente económico para estas conductas.

De igual forma, dado que NESTEC no declaró o no se le han determinados ingresos acumulables para efectos del impuesto sobre la renta y se acreditó su responsabilidad al haber omitido la notificación de la operación, previo a su realización, pese a la obligación prevista en el artículo 20, fracción I, de la LFCE 2012, de conformidad con el artículo 35, fracción VII, de la LFCE 2012, en relación con el artículo 35 bis, fracción III, de dicho ordenamiento, y atendiendo a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad **se impone a NESTEC una multa equivalente a 20,389.58 (veinte**

mil trescientas ochenta y nueve punto cincuenta y ocho) veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil trece, la cual asciende a \$1,320,428.91 (un millón trescientos veinte mil cuatrocientos veintiocho pesos 91/100 M.N.), que equivale al 5.10% (cinco punto diez por ciento) de la multa máxima prevista para este agente económico para estas conductas.

Se reitera que la estimación de riesgo generado por la omisión de notificar una concentración cuando legalmente debía hacerse, misma que ocurrió durante 1,670 días, es únicamente con el propósito de establecer un parámetro objetivo para efectos de la individualización de la multa impuesta. Como puede apreciarse de los párrafos anteriores, las multas impuestas a cada agente económico infractor representan porcentajes considerablemente bajos respecto de la multa máxima, aun considerando que la gravedad, por las razones señaladas fue media.

Por lo anteriormente expuesto, el Pleno de la COFECE,

RESUELVE:

PRIMERO. Se acredita la responsabilidad de: (i) Innovación en Alimentos, S.A. de C.V.; (ii) Nestlé México, S.A. de C.V.; (iii) Société des Produits Nestlé S.A.; y (iv) Nestec, S.A., por haber omitido notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse.

SEGUNDO. Se impone a los agentes económicos sealados en el resolutive PRIMERO anterior una multa en los términos establecidos en la "OCTAVA" consideración de derecho de la presente resolución.


TERCERO.- Se determina que no existen elementos suficientes en el presente expediente para acreditar la responsabilidad de Grupo Lala, S.A.B. de C.V., en la participación de la conducta analizada en la presente resolución.

Notifíquese personalmente. Así lo resolvió el Pleno de la COFECE por mayoría de votos en la sesión de mérito, con voto en contra del comisionado Jesús Ignacio Navarro Zermeño, por considerar que no se acredita la responsabilidad de los agentes económicos emplazados por haber omitido notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse, toda vez que para determinar el monto de la operación debió utilizarse el valor presente para ajustar los montos nominales con el costo del dinero en el tiempo. Lo anterior, con fundamento en los artículos citados en esta resolución, previa excusa calificada como procedente de la Comisionada Brenda Gisela Hernández Ramírez mediante acuerdo emitido por el Pleno el veinticuatro de enero de dos mil diecinueve, ante la fe del

Secretario Técnico, de conformidad con los artículos 2, fracción VIII, 4, fracción IV, 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI del ESTATUTO.



Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta



Jesús Ignacio Navarro Zermeno
Comisionado


Martín Moguel Gloria
Comisionado


Eduardo Martínez Chombo
Comisionado


Alejandro Faya Rodríguez
Comisionado


José Eduardo Mendoza Contreras
Comisionado


Fidel Gerardo Sierra Aranda
Secretario Técnico